

LES LIMITES DE LA LIBERTÉ TESTAMENTAIRE DANS LE DROIT CIVIL DE LA PROVINCE DE QUÉBEC

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 12 juin 1957

PAR

ANDRÉ MOREL

MEMBRES DU JURY :

Président : M. R. LE BALLE, Professeur.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. J. FLOUR, Professeur.} \\ \text{M. G. LE BRAS, Professeur.} \end{array} \right.$

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, rue Soufflot (V^e)

PARIS

1960

1957



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551528_0047

LES LIMITES
DE LA LIBERTÉ TESTAMENTAIRE
DANS LE DROIT CIVIL
DE LA PROVINCE DE QUÉBEC

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LES LIMITES DE LA LIBERTÉ TESTAMENTAIRE DANS LE DROIT CIVIL DE LA PROVINCE DE QUÉBEC

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 12 juin 1957

PAR

ANDRÉ MOREL

MEMBRES DU JURY :

Président : M. R. LE BALLE, Professeur.

Suffragants : { M. J. FLOUR, Professeur.
 { M. G. LE BRAS, Professeur.

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, rue Soufflot (V^e)

PARIS

—
1960



*Nous dédions respectueusement cette étude à
M. le Professeur Robert Le Balle à qui nous
exprimons ici notre profonde gratitude.*

*Nous tenons à remercier le Gouvernement
canadien et le Gouvernement de la République
française pour les bourses qu'ils nous ont si géné-
reusement accordées et grâce auxquelles nous
avons pu mener à bien le présent travail.*

ABBREVIATIONS

B.R.	Rapports judiciaires de la Cour du Banc du Roi ou de la Reine (Québec).
Can. Bar Rev. ..	Canadian Bar Review
C. civ. (1)	Code civil français.
C. Q. (1)	Code civil de la province de Québec.
C.R.A.C.	Canadian Reports Appeal Cases (Conseil privé).
C.S.	Rapports judiciaires de la Cour supérieure (Québec).
L.C.J.	Lower Canada Jurist.
L.C.R.	Lower Canada Reports.
L.N.	Legal News.
M.L.R.	Montreal Law Reports.
N.C.	Nouvelle Coutume de Paris (1580).
R. du B.	La Revue du Barreau (Québec).
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
R.C.S.	Rapports judiciaires de la Cour suprême du Canada.
R. du D.	La Revue du Droit (Québec).
R. du N.	La Revue du Notariat (Québec).
R.H.D.	Revue Historique de Droit français et étranger.
R. de J.	Revue de Jurisprudence (Québec).
R.J.R.Q.	Rapports Judiciaires Révisés du Québec (MATHIEU).
R.L.	Revue Légale (Québec).
R.L. n. s.	Revue Légale, nouvelle série (Québec).
R.P.	Rapports de Pratique (Québec).
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
Thémis	Revue Thémis, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

(1) Par suite de la publication de notre travail en France, nous avons cru devoir réserver, dans les notes, l'abréviation « C. civ. » au Code civil français et adopter « C. Q. » pour désigner le Code civil du Québec. Nos lecteurs canadiens en éprouveront sans doute, au premier abord, un léger inconvénient ; nous les prions de bien vouloir nous excuser.

INTRODUCTION

« ... *testamenta hominum speculum esse morum...* »
(Pline le Jeune, VIII, 18.)

Pour un civiliste français, le sujet que nous entreprenons de traiter offrirait assez peu d'intérêt : la matière a été, depuis longtemps, abondamment explorée et a fait l'objet de nombreuses études. Les problèmes soulevés par la réserve héréditaire en particulier sont bien connus ; et il ne viendrait plus maintenant à l'idée de personne de se faire le champion du libéralisme en plaidant la cause de la liberté absolue de tester, en un temps où, bien plutôt, l'on propose de restreindre encore cette liberté en faisant entrer le conjoint survivant au nombre des héritiers réservataires.

En revanche, le titre de cette étude pourra étonner peut-être quiconque est familier avec les institutions du droit civil québécois. Parler des *limites* de la liberté testamentaire à propos d'un système juridique qui, quoique d'origine française, consacre ce que l'on est convenu d'appeler le principe de la liberté *illimitée* de tester, paraîtra certainement paradoxal. Mais c'est précisément, croyons-nous, *parce que* ce système juridique est d'origine française qu'il est possible d'envisager les limites de la liberté testamentaire. On peut en effet conjecturer que l'introduction subite d'un principe de droit anglais dans un système qui connaissait, outre la réserve des quatre-quints, toutes les restrictions coutumières à la capacité de donner et de recevoir par testament ne s'est pas faite sans heurt ; et que cet élément étranger a pu être en retour influencé par l'esprit général du droit dans lequel il se trouvait implanté.

Le principe de la liberté illimitée de tester est passé, par l'assentiment des générations, à l'état d'axiome ; un axiome tellement invétéré que celui qui se propose de le remettre en question sent peser sur lui le soupçon de vouloir se livrer à un véritable jeu dialectique. Rien pourtant n'est plus éloigné de notre dessein. En retraçant la genèse de l'article 831 du Code du Québec, qui pose la règle fondamentale sur la capacité de donner et de recevoir par testament, pour en mieux mesurer le sens et la portée véritables, il nous est apparu que des circonstances étrangères au domaine proprement juridique, mais non sans rapport avec lui, peuvent expliquer en grande partie comment on en est venu d'abord à qualifier d'illimitée la liberté de tester, puis à accepter cette expression presque sans réserve, comme un postulat incontesté.

Mais l'évolution récente du contexte social québécois a fait apparaître les dangers que recélait un tel principe. Quelques études ont été publiées, au cours de ces toutes dernières années — on peut encore difficilement parler d'un véritable mouvement doctrinal — qui ont esquissé les bases d'une interprétation nouvelle de l'article 831 du Code du Québec. Ce texte pose en effet comme bornes à la liberté testamentaire, « les dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Ces limitations, à première vue, sembleront tellement naturelles à un juriste français que seule la connaissance des excès auxquels on a été graduellement conduit en voulant les ignorer pourra justifier que l'on entreprenne aujourd'hui de les remettre en valeur. C'est ce que nous nous proposons de tenter ici en reprenant la question de façon approfondie, car son importance mérite plus qu'une étude fragmentaire.

D'une part les dispositions, de l'autre les conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, telles sont les deux grandes limites dans lesquelles le Code civil lui-même enserme la liberté de tester ; telles seront aussi les deux parties de notre ouvrage. En vue de définir de façon concrète le domaine que la formule nécessairement abstraite de la loi assigne à la liberté individuelle, nous examinerons d'abord les limites établies pour la protection de la famille du testateur (ce sont les « dispositions » contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs), puis celles établies pour la protection des libertés du légataire (ce sont les « conditions » contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs). Nos conclusions s'écarteront souvent des positions traditionnellement admises. Si les textes légaux et la jurisprudence leur fournissent toujours quelque soutien, alors pourrions-nous peut-être échapper au reproche de nous être prêté à une pure fantaisie dialectique.

PREMIÈRE PARTIE

LIMITES ÉTABLIES POUR LA PROTECTION DE LA FAMILLE DU TESTATEUR

(Prohibition des dispositions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs)

CHAPITRE PREMIER

LA LIBERTE DE TESTER DANS L'INTERPRETATION TRADITIONNELLE

1. — L'article 831, qui ouvre le chapitre du Code civil québécois consacré aux testaments, dépasse largement le domaine que lui assigne le titre de la section dans laquelle il s'insère : *De la capacité de donner et de recevoir par testament* : « Tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut en disposer librement par testament sans distinction de leur origine ou de leur nature, soit en faveur de son conjoint en mariage, ou de l'un ou de plusieurs de ses enfants, soit de toute autre personne capable d'acquérir et de posséder, sans réserve, restriction ni limitation, sauf les prohibitions, restrictions et autres causes de nullité contenues en ce Code, et les dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

L'article ne se borne pas, on le voit, à déterminer les règles qui gouvernent la capacité respective du testateur et du légataire. Il touche d'une part et par plusieurs autres aspects le fond même du droit. C'est ainsi qu'il consacre (1) l'abolition de la réserve

(1) L'article 831 C.Q., en effet, n'innove pas. Comme nous le verrons par la suite, les modifications dont il est question ici résultent de lois adoptées au XVIII^e et au début du XIX^e siècle.

héréditaire et la suppression des distinctions de l'Ancien droit concernant la dévolution des biens en tenant compte de leur origine et de leur nature. En ceci, c'est bien un texte de *réglementation* dispositive.

Mais lorsque, dans sa partie finale, l'article fait mention des « prohibitions, restrictions et autres causes de nullité contenues en ce Code », soit pour rappeler l'application en matière testamentaire des règles du droit commun concernant en particulier les vices du consentement, soit pour réserver par avance le jeu de celles relatives à la forme des testaments, à la caducité des legs, aux substitutions, etc., il ne s'agit plus d'un texte de réglementation, mais tout simplement de *référence*. La mention qui est faite des « conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » est également, de toute évidence, un renvoi à l'article 760 du Code du Québec qui détermine le sort des conditions illégales et immorales inscrites dans un testament. Texte hybride par conséquent, constitué de deux parties de caractère différent et d'importance d'ailleurs fort inégale.

2. — Aussi est-il assez naturel qu'on ait eu tendance à interpréter l'allusion, qui figure dans la seconde partie, aux « dispositions... contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » à l'aide du contexte. Noyés dans un texte qui n'avait rien de dispositif, ces mots risquaient de ne se voir attribuer également qu'une simple valeur de référence. Il devenait dès lors normal soit d'y voir un rappel de l'article 13 du Code du Québec (2), soit de considérer le mot « dispositions » comme un doublet du mot « conditions » qui le suit, auquel il est uni d'ailleurs par une conjonction alternative. C'est bien aussi ce qui semble s'être produit.

Un jugement de la Cour suprême du Canada nous offre en effet une nette confirmation de ce processus d'assimilation que nous avons inféré de la Doctrine, mais qui ne s'y trouve nulle part exposé de façon expresse. « Il est convenu, dit l'arrêt (3), que l'article 831 C.C. accorde la liberté illimitée de tester (« sans réserve, restriction ni limitation »), sauf certaines « prohibitions, restrictions et autres causes de nullité ». Mais c'est dans le code seulement, dit l'article, qu'il faut trouver ces « prohibitions, restrictions et autres causes de nullité », *parmi lesquelles le*

(2) « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. » Cf. ROCH, *Traité de droit civil du Québec*, T. V, p. 273.

(3) Valois *v.* de Boucherville (1929), R.C.S. 234 (246).

texte de l'article range (4) immédiatement « les dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Ceci, les commentateurs n'ont certainement pas été sans le remarquer ; et l'on comprend maintenant comment leur attention n'a pu se porter sur la dernière partie de l'article 831 du Code du Québec dont la superfluité ne faisait aucun doute à leurs yeux. La voie était ouverte à une interprétation libérale ; on ne devait pas manquer de s'y engager.

3. — Le texte, ainsi allégé des expressions restrictives qu'il pouvait comporter, parut en effet comme la consécration d'une liberté testamentaire absolue ou illimitée. Les codificateurs eux-mêmes d'ailleurs, dans leur rapport, ne déclaraient-ils pas « avoir adopté et appliqué... le principe de liberté dans sa plus grande étendue » (5) ? Et encore, que l'article 831 posait « le principe de la liberté absolue de tester » (6) ? Il n'est pas question de discuter ici le poids qu'il convient d'attacher, dans l'interprétation d'une loi, aux opinions de ses rédacteurs (7) ; la tendance à y recourir s'efface d'ailleurs à mesure que l'on s'éloigne de l'époque de sa rédaction. Mais il ne semble pas douteux que, venant des commissaires codificateurs, cette expression d'opinion ait pu, à l'époque, orienter déjà les premiers commentateurs vers une interprétation libérale.

Au surplus, le Code civil lui-même ne favorisait-il pas le développement d'une pareille interprétation en affirmant, dans l'article 839 du Code du Québec, que les présomptions légales de suggestion à l'égard des prêtres, des médecins et des avocats « ont disparu par l'introduction de la liberté absolue de tester ». On ne peut que juger malhabile cette façon de s'exprimer, car s'il ne revient pas au législateur de prendre position dans une controverse doctrinale, il doit éviter également d'élaborer des théories juridiques dans les règles qu'il édicte ; ce rôle ressortit à la Doctrine, non à la loi.

Il faut bien se rendre compte néanmoins que les codificateurs n'ont pas inventé l'expression ; ils l'ont trouvée toute faite dans

(4) Les italiques sont de nous.

(5) DE LORIMIER, *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, vol. 6, p. 266.

(6) *Ibid.*, p. 263.

(7) Voir sur cette question : GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 1954, T. I, n° 104, pp. 293-297. Dès 1894, le juge Archibald déclarait : « The report of the codifiers must be treated as a mere opinion without authority... », in de Hertel, *v. Roe*, 6 C.S. 101 (109).

la jurisprudence antérieure à 1866 (8). Il n'est peut-être pas inutile toutefois de rappeler comment on l'entendait : le contraste permettra de mesurer mieux tout à l'heure l'évolution qui s'est produite. La liberté de tester est illimitée, affirme un de ces jugements ; « mais il ne s'ensuit pas qu'un testateur, tout en exerçant cette liberté de tester de tous ses biens, puisse méconnaître et réduire au néant des lois d'ordre public, des droits que ces mêmes lois ont consacrés indépendamment de sa volonté, et qu'il faut respecter, droits qui subsistent d'eux-mêmes par la loi commune, et qui, éventuellement peuvent être reconnus... » (9).

Ces droits que, pour reprendre les mots mêmes de l'arrêt, les lois publiques ont consacrés et qu'il faut respecter, on peut se demander quels ils peuvent bien être. Pense-t-on en trouver une explication dans la Doctrine ? Voyons rapidement ce qu'elle en dit.

SECTION I

LA DOCTRINE

4. — Mignault, l'un des premiers commentateurs du Code civil, après avoir énoncé la règle de la liberté illimitée de tester, ajoute : « Cette expression est consacrée par l'usage. Cette liberté est *illimitée* (10) comme toute autre liberté bien ordonnée. C'est-à-dire, elle n'a d'autres limites que celles que la loi, les bonnes mœurs et l'ordre public lui tracent » (11). Encore cette brève remarque est-elle placée non dans le corps du texte, mais en note ; ce qui n'est pas sans trahir le peu d'importance pratique que l'auteur y attachait. Aussi n'est-on pas surpris de voir les commentateurs postérieurs passer la question complètement sous silence

(8) Le Code civil de la province de Québec est entré en vigueur le 1^{er} août 1866, par proclamation du gouverneur général Monk, du 26 mai de la même année. Voir par exemple : *Lambert v. Gauvreau* (1857) 5 R.J.R.Q. 244 (248) ; et *Blanchet v.* (1861), 11 L.C.R. 204 (220).

(9) *Blanchet v. Blanchet*, *supra*.

(10) Sauf indication contraire, dans les citations, les mots en italique le sont aussi dans le texte d'où sont tirées ces citations.

(11) MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, T. IV, 1899, p. 236, note B. Quoique très ancien et, sur bien des points, il va sans dire, démodé, ce traité de droit civil fait encore autorité tant aux yeux des auteurs que des juges devant qui il est régulièrement cité.

(12). Deux traités récents de droit civil soulignent, il est vrai, que les dispositions testamentaires ne peuvent être contraires à l'ordre public ni aux bonnes mœurs (13) ; mais sans nous expliquer la portée de cette observation, ils affirment aussitôt que la liberté de tester est illimitée.

En somme, l'analyse de l'article 831 du Code du Québec telle que nous l'avons esquissée plus haut (n° 2) a exercé jusqu'à aujourd'hui une influence prépondérante sur toute la Doctrine québécoise. Celle-ci est demeurée étonnamment fidèle, en ce qui concerne la question qui nous occupe tout au moins, à la pensée traditionnelle ; fidélité qui frise, à notre époque, l'anachronisme (14). Si la Doctrine n'a pas envisagé de dégager les derniers mots de l'article 831 du Code du Québec pour leur donner une portée plus vaste que celle qu'on a cru devoir leur attribuer primitivement en n'y voyant qu'une simple référence aux articles 13 et 760 du Code du Québec, cela tient en effet pour une bonne part, sur le seul plan de la logique juridique, à l'acceptation, au moins implicite, de l'idée que la loi écrite devait suffire à résoudre tous les problèmes de la vie sociale en matière de droit privé. Cette idée en elle-même est naturellement abandonnée de nos jours ; mais ses conséquences n'ont pas encore fini de se faire sentir.

5. — Si la Doctrine demeure silencieuse quand il s'agit de la portée pratique de l'expression « dispositions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs », du moins précise-t-elle ce qu'il faut entendre par *liberté illimitée de tester*. En marquant l'étendue de la liberté, elle indique du même coup ce qui, à ses yeux, ne constitue pas une disposition contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; elle définit ainsi, négativement et par élimination, les limites de la liberté testamentaire. Cette façon de procéder, qui met l'accent non sur les restrictions, mais sur la liberté, est d'ailleurs bien révélatrice de l'esprit général du Code civil québécois encore empreint de la conception individualiste qui triomphait au siècle dernier (15).

(12) L'ANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, T. III, 1907 ; JETTÉ, « Des donations entre vifs et testamentaires », R. du D., T. XV et XVI, 1936-38.

(13) BAUDOUIN, *Le Droit civil de la province de Québec*, 1953, pp. 1130-1132 ; ROCH, *Traité de droit civil du Québec*, T. V, 1953, p. 273.

(14) Le récent traité de droit civil, dont l'ouvrage de M. ROCH fait partie, persiste encore à commenter le Code civil article par article.

(15) MADELEINE CARON, « Approches du problème de la liberté contractuelle », *Thémis*, T. VII, 1956, pp. 12-22.

Au nombre des personnes qui peuvent recevoir par testament, Mignault comprend « les concubins, l'un à l'égard de l'autre, et les enfants naturels, soit simples, soit incestueux ou adultérins, à l'égard de leurs père et mère » (16). La quotité du legs adressé à ces personnes sera-t-elle toutefois restreinte de quelque façon ? Non point, affirme Jetté (17) : « ... par testament, on peut aujourd'hui léguer à son concubin, à ses enfants incestueux ou adultérins toute sa fortune, si l'on veut. » Les auteurs sont unanimes sur ce point (18). Bien mieux, l'un d'eux (19), tout en estimant que « la liberté de tester vient à l'encontre des principes et de la morale du droit civil », affirme pourtant : « ... elle donne la faculté de disposer de ses biens de la façon la plus égoïste, sans tenir compte du droit naturel et du devoir d'assistance dû au conjoint et aux héritiers en ligne directe ». Qu'est-ce donc qu'une disposition testamentaire contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ? Après avoir vu la Doctrine repousser de telle façon les frontières de l'illicite et de l'immoral, on est en droit de se le demander.

SECTION II

LA JURISPRUDENCE

6. — Si l'on interroge maintenant la jurisprudence, on sera surpris de constater qu'elle ne nous fournit qu'une réponse guère plus nuancée. Pour elle aussi, la liberté de tester en droit québécois est illimitée ; elle le répète abondamment, chaque fois que l'occasion se présente. Cette proposition constitue un axiome incontesté tant au regard de la jurisprudence que de la Doctrine. Aussi n'est-ce pas à ce propos que la position jurisprudentielle mérite l'attention. Il serait complètement inutile pour notre dessein d'insister davantage ; qu'il nous suffise de constater le fait pour sa valeur indicative. La liste, d'ailleurs non exhaustive, qu'on

(16) MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, p. 259.

(17) JETTÉ, *op. cit.*, R. du D., T. XVI, 1937-38, p. 52.

(18) BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, T. I, n° 96, pp. 67-68; BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1275.

(19) J. TURCEON, « Rétablissement de la légitime sous une forme moderne », R. du B., T. XV, 1955, p. 206.

trouvera en note (20), montre assez, par la fréquence avec laquelle on relève l'expression, que celle-ci fait désormais partie d'un vocabulaire juridique qui est, en quelque sorte, devenu « de style ».

7. — Mais si l'unanimité est faite sur ce premier point, il n'en va pas de même quant à celui de savoir quelle portée exacte il convient d'attribuer à l'expression. Certes, dans une vision globale, il serait à peine inexact d'affirmer que la jurisprudence s'est fait, également ici, le fidèle écho de la Doctrine. Pourtant si l'on examine la question de plus près, il faut bien reconnaître l'existence de deux tendances que l'on peut qualifier respectivement de libérale et de modérée. Il n'est même pas permis de parler à leur propos de véritables mouvements jurisprudentiels. Il s'agit en effet strictement de tendances, qui se sont développées de façon parallèle et auxquelles, en conséquence, il est impossible de tracer des limites chronologiques. Bien plus, la tendance libérale se dégage avec une telle prédominance que la tendance modérée en ressort comme écrasée. Cette dernière n'est formée, à vrai dire, que de quelques jugements isolés, mais répartis de façon presque régulière sur toute la période qui va de la promulgation du Code civil, en 1866, jusqu'à aujourd'hui. Les raisons seraient grandes de les laisser se confondre dans la masse des jugements de la tendance libérale, si l'étude que nous avons entreprise ne nous incitait à ne négliger aucun indice qui puisse révéler une note légèrement discordante dans ce qui, pour la Doctrine, est un chant à l'unisson.

8. — C'est à l'occasion d'une demande en annulation d'une substitution fidéicommissaire où l'appelé était le fils adultérin du testateur que les tribunaux eurent pour la première fois à préciser ce qu'il fallait entendre par liberté illimitée de tester. Le testateur étant décédé en 1799, le différend fut jugé unique-

(20) L'expression ou l'idée se retrouve notamment dans : *Viger v. Pothier* (1830), 1 R.J.R.Q. 319 (327) ; *Blanchet v. Blanchet* (1861), 11 L.C.R. 204 (220) ; *Herse v. Dufaux*, (1872), 16 R.J.R.Q. 269 (293) ; *Evanturel v. Evanturel* (1874), 12 R.J.R.Q. 448 (470) ; *King v. Tunstall* (1874), 22 R.J.R.Q. 174 (193 et 206) ; *Pilon v. Malette* (1880), 5 R.C.S. 318 (353) ; de *Hertel v. Roe* (1894), 6 C.S. 101 (108) ; *Doré v. La Banque Nationale* (1904), 26 C.S. 466 (471) ; *Myers v. Myers* (1912), 42 C.S. 415 (430) ; *Goyette v. Goyette* (1920), 26 R.L. n. s. 4 (11) ; *Valois v. de Boucherville* (1929), R.C.S. 234 (246) ; *Archambault v. Guérin, Banc de la Reine, Montréal*, 28 avril 1948, n° 2974 ; *Trasciati v. Roncarelli* (1946), C.S. 443 (445) ; *Crête v. Fortin, Cour supérieure, Montréal*, 18 février 1954, n° 340.955 ; et *Banc de la Reine, Montréal*, n° 5393 ; *Drouin v. Dumoulin, Cour supérieure, Montréal*, 22 août 1955, n° 334.697.

ment sur la base des lois qui avaient introduit la liberté de tester au pays, quoique la décision finale n'intervint que soixante-quinze ans plus tard, en 1874, c'est-à-dire alors que le Code civil était en vigueur. Or, ces lois ne contenaient pas la réserve, dont le Code fait mention, relative aux dispositions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. On ne peut toutefois douter qu'un tel principe n'ait fait partie du droit coutumier alors en vigueur au Canada. C'est pourquoi ces circonstances exceptionnelles n'affaiblissent que bien peu, en réalité, la portée de la décision. Pourtant, de toutes les juridictions canadiennes qui eurent à connaître de l'affaire, aucune n'envisagea le problème sous cet aspect ; pour elles, la question se résumait simplement à savoir si l'incapacité des « bâtards adultérins » de recevoir de leurs père et mère d'autres legs que des legs d'aliments avait disparu par suite de la nouvelle législation. En ne faisant aucunement appel aux notions de bonnes mœurs ou d'ordre public, la réponse ne faisait pas de doute : la loi donnait le droit de « disposer, par testament... en faveur de qui que ce soit ». Ce petit problème d'interprétation reçut une solution unanime : « Those words are certainly extensive, and we find in the statute (21) no subsequent words that enable us to give those words a limited meaning » (22). Le legs fut donc maintenu (23).

C'est au comité judiciaire du Conseil privé (24), juridiction suprême du Canada jusqu'en 1949 (24 a) que devait revenir d'aborder le problème sous l'angle qui nous intéresse ici, c'est-à-dire celui des bonnes mœurs. Lord James, rendant jugement au nom de ses collègues, ne se demanda toutefois pas si la notion québécoise de bonnes mœurs était de nature à restreindre la portée de la loi anglaise, mais simplement si le principe anglais de la liberté illimitée de tester admettait des restrictions découlant d'impératifs moraux. Sa réponse fut négative : et les termes dont il se servit pour la formuler ne sont pas dépourvus d'intérêt : « ... the law of England having from the earliest period, from

(21) Les italiques sont de nous.

(22) *Hamilton v. Plenderleath* (1845), 2 R.J.R.Q. 126 (132). Nous avons préféré conserver dans le texte les citations anglaises, mais nous en donnons toujours en note une traduction. « Ces mots ont certainement une signification étendue, et nous ne trouvons pas dans la loi de mots subséquents qui nous habilitent à donner aux premiers une signification restreinte. » Cette phrase est reprise textuellement d'un jugement du Conseil privé : *Durocher v. Beau-bien* (1828), 1 C.R.A.C. 1 (3).

(23) *Hamilton v. Plenderleath* (1845), 2 R.J.R.Q. 126 ; *King v. Filiatrault et Tunstall* (1870), 20 R.J.R.Q. 119 ; *King v. Tunstall* (1874), 22 R.J.R.Q. 174.

(24) Section de la Chambre des lords anglaise, exerçant des pouvoirs judiciaires.

(24 a) Loi du 10 décembre 1949, 13 Geo. VI, ch. 37, art. 3.

the time when testamentary dispositions were introduced, given absolute power to a testator to deal as he liked with his property, wholly regardless of any moral or natural claims upon him, the English Legislature introduced that law into Lower Canada » (25). Et il concluait en portant ce jugement de valeur sur le legs dont l'enfant adultérin du testateur était appelé à bénéficier : « There is nothing immoral, nothing wrong in the expression of such a wish, nothing to prevent the ordinary application of the ordinary principles of law to the case. » (26)

9. — L'argumentation est donc basée sur un postulat, dont nous nous réservons de discuter plus loin le bien-fondé (27), à savoir que la loi anglaise avait introduit au Canada le principe de la liberté illimitée de tester avec l'exakte portée qu'avait ce principe en Angleterre. Mais, même en admettant, pour les besoins de la démonstration, que ce postulat soit en partie dénué de fondement, la décision du Conseil privé n'en conserve pas moins sa valeur positive, vu l'influence qu'elle exerça sur l'orientation subséquente de la jurisprudence.

10. — Cette influence d'ailleurs, on la relève surtout dans l'esprit général qui a inspiré les décisions postérieures. On s'orienta vers une interprétation de plus en plus libérale du principe de liberté testamentaire (28), allant par exemple jusqu'à soutenir que c'est toute la loi anglaise sur les testaments qui avait été introduite au pays (29).

Mais on vit également cette influence se manifester de façon plus directe. Ayant à décider d'une question où l'ordre public était en jeu (30), la Cour suprême ne trouva rien de mieux à faire « que de suivre les principes consacrés par le Conseil privé dans une cause analogue, celle de *King v. Tunstall* », que nous

(25) *King v. Tunstall* (1874), 22 R.J.R.Q. 174 (206) : « ... La loi d'Angleterre ayant, depuis l'époque la plus ancienne, depuis le temps où le droit de disposer par testament a été introduit, donné au testateur un pouvoir absolu de disposer de sa propriété comme il l'entendait, sans qu'il y ait lieu contre lui à quelque réclamation fondée sur la morale ou sur la nature, c'est cette loi que la législature anglaise a introduite dans le Bas-Canada. »

(26) *Ibid.*, p. 211 : « Il n'y a rien d'immoral, rien de répréhensible dans le fait d'exprimer un tel désir, rien qui empêche l'application normale, à cette cause, des principes ordinaires du droit. »

(27) *Infra*, n° 38.

(28) *De Hertel v. Roe* (1895), 8 C.S. 72 (77).

(29) *Mayrand v. Dussault* (1907), 38 R.C.S. 460 (488) ; *Laramée v. Ferron* (1908), 41 R.C.S. 391 (401-2).

(30) *Renaud v. Lamothe* (1902), 32 R.C.S. 357 (366).

avons analysée plus haut. Après avoir cité le jugement de lord James, le juge Girouard en tirait, à l'aide d'une simple analogie, la conséquence nécessaire en l'espèce : « Ainsi sur une question même de bonnes mœurs en matières civiles, telle que comprise dans l'ancien droit français et même le nouveau, c'est le droit anglais qui doit nous régir. Il doit en être de même sur une question d'ordre public... » (31).

On était donc conduit, sous l'autorité du Conseil privé, à admettre l'existence de deux notions d'ordre public et de bonnes mœurs : l'une, celle même du droit anglais, dont l'application était circonscrite à la matière des testaments ; l'autre, québécoise ou tout au moins d'inspiration française, dont l'application s'étendait à toutes les autres matières du droit civil.

Mais si les tribunaux voulaient bien accepter, en principe, qu'un testateur dispose du pouvoir de léguer ses biens comme il l'entend, « wholly regardless of any moral or natural claims upon him », selon la formule même du Conseil privé, les circonstances n'avaient pourtant pas fourni à la jurisprudence, depuis la cause de *King c. Tunstall*, en 1874, l'occasion d'en tirer toutes les conséquences sur le plan concret. Cette occasion se présenta en 1945.

11. — Un mari ayant institué légataire universelle la personne avec qui il avait vécu en concubinage pendant plus de vingt années, son épouse, déshéritée, forma une demande en annulation du testament. Le tribunal de première instance lui donna gain de cause, mais sur la base de la captation frauduleuse dont se serait rendue coupable la concubine (32). La cour d'appel, appréciant que la preuve offerte ne démontrait pas l'existence de cette captation, renversa la décision et déclara en outre que : « In view of the complete liberty of willing which exists in this Province, there is nothing to prevent a man from disinheriting his wife and family in favour of his concubine, however unfortunate such a decision may be. This fact by itself affords no ground of action, but it seems to have had a preponderating influence upon the trial Judge. » (33) C'était, en d'autres termes, dénier au juge le

(31) *Ibid.*, pp. 369-370.

(32) Guérin v. Archambault, Cour supérieure, Montréal, 17 septembre 1945, n° 227,732.

(33) Archambault v. Guérin, Banc de la Reine, Montréal, 28 avril 1948, n° 2974 : « Etant donné la liberté complète de tester qui existe en cette province, rien n'empêche un homme de déshériter son épouse et sa famille en faveur de sa concubine, quelque malheureuse que puisse être une telle décision. Ce fait, par lui-même, n'offre aucun fondement à une demande judiciaire, mais semble avoir exercé une influence prépondérante sur le juge chargé du procès. »

droit d'apprécier la validité d'un legs en faisant appel à la notion de bonnes mœurs. Et cette décision ne constitue pas une exception que nous aurions, à plaisir, montée en épingle. Face à des cas d'espèce tout à fait analogues, les tribunaux ont maintenu à plusieurs reprises, en ces dernières années, leur position (34), de sorte qu'on pourra bientôt affirmer qu'il est de jurisprudence constante que le principe de la liberté de tester rend valides les dispositions testamentaires de concubins, l'un à l'égard de l'autre, et cela au préjudice du conjoint du testateur et de sa famille.

Remarquons que ces décisions s'inscrivent très exactement dans la ligne du développement doctrinal que nous avons retracé au début de ce chapitre. Elles en constituent l'aboutissement à la fois logique et nécessaire. A partir du moment, en effet, où, obéissant aux règles de la méthode traditionnelle, on attribuait aux derniers mots de l'article 831 du Code du Québec, relatifs aux dispositions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs le caractère d'un texte de référence, du même coup on faisait prendre à toute la première partie de l'article une importance exclusive ; le principe était complètement détaché de ses exceptions. De cette façon, il devenait tout à fait concevable qu'on lui donnât une interprétation libérale. Le Conseil privé s'en chargea. Les notions québécoises de bonnes mœurs et d'ordre public, qui seules auraient pu en limiter la portée, n'eurent plus désormais prise sur lui. Après les dernières décisions que nous venons d'examiner, il est devenu parfaitement exact de dire qu'en droit québécois, la liberté de tester est illimitée.

S'il est possible d'expliquer selon quel processus la jurisprudence en est arrivée à adopter une position aussi extrême, ce qui, par contre, ne manque pas d'être surprenant c'est tout simplement qu'elle y soit parvenue. On aurait pu en effet s'attendre de la part des tribunaux, sans cesse aux prises avec l'infinie complexité de la vie juridique, à plus de prudence, de défiance même à l'égard de règles trop absolues.

12. — Quelques décisions, toutefois, se sont montrées plus soucieuses d'éviter les généralisations hâtives auxquelles la Doctrine s'empresse parfois de se livrer. Cette jurisprudence, de tendance modérée si on la compare à celle que nous venons d'examiner, s'est efforcée de rappeler les limites dans lesquelles

(34) *Trasciati v. Roncarelli* (1946), C.S. 443 ; *H. v. T.* (1949), C.S. 231 ; *Crête v. Fortin*, Cour supérieure, Montréal, 18 février 1954, n° 340,955 ; et *Banc de la Reine*, Montréal, n° 5393 ; *Drouin v. Dumoulin*, Cour supérieure, Montréal, 22 août 1955, n° 334.697.

la loi enserme la liberté de tester, réservant ainsi l'avenir, se ménageant en quelque sorte des issues qui lui permettent une évolution éventuelle vers une position plus nuancée, si le besoin venait à s'en faire sentir. A une époque où les décisions judiciaires tiennent une place si importante aux yeux non seulement des praticiens, mais des auteurs eux-mêmes, on comprend le danger qui consisterait pour la jurisprudence à se donner un caractère de généralité et d'abstraction comparable, sinon supérieur à celui de la loi. En usurpant une fonction qui n'est pas la sienne, elle viendrait rapidement à se tarir comme source formelle de droit.

Aussi ne peut-on que savoir gré aux juges qui, en dépit de la masse imposante des décisions qui se sont ralliées au mouvement déclenché par le Conseil privé (35), en 1874, ont persisté à rappeler les limites que la loi impliquait même en affirmant la liberté de tester. Les uns l'ont fait de façon catégorique, tel le juge Taschereau dans la cause de *Evanturel c. Evanturel* (36) : « ... la liberté de tester n'est pas absolue... Donc la loi peut revendiquer ses droits et déclarer telle ou telle clause illégale, illicite et contraire aux bonnes mœurs ; c'est là une loi de tous les pays civilisés, et du nôtre en particulier. » Les autres se sont contentés d'insister simplement sur le fait qu'un testateur ne pouvait disposer de ses biens d'une façon contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (37). Mais, ce faisant, tous ont entendu sauvegarder pour la jurisprudence la possibilité d'une certaine flexibilité sans laquelle elle se condamnerait elle-même à se voir prise, à plus ou moins brève échéance, à son propre piège. Si l'on faisait en effet abstraction de cette tendance modérée, serait-il tellement exagéré de dire qu'il est maintenant loisible de disposer de ses biens par testament, même à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs ? Le Conseil privé et la Cour suprême l'ont affirmé en des termes à peine plus voilés, renversant ainsi littéralement la règle légale.

*
**

13. — Et pourtant, il n'y eut pas de réaction immédiate. Le fait peut sembler surprenant pour celui du moins qui ne veut

(35) *King v. Tunstall* (1874), 22 R.J.R.Q. 174.

(36) (1871), 16 L.C.J. 260 (266) : le juge Taschereau était toutefois dissident.

(37) *In re Mongenais*, Lamarche et Olivier (1893), 4 C.S. 292 (301) ; *Myers v. Myers* (1912), 42 C.S. 415 (430) ; *Goyette v. Goyette* (1920), 26 R.L. n. s. 4 (11) ; *Valois v. de Boucherville* (1929), R.C.S. 234 (246) ; *Guérin v. Archambault*, Cour supérieure, Montréal, 17 septembre 1945, n° 227.732.

considérer le problème que sous son aspect juridique. On relève bien quelques critiques occasionnelles, mais d'apparition relativement récente et formulées par ceux-mêmes qui acceptent, au moins dans ses lignes générales, l'interprétation traditionnelle. C'est que ces critiques s'élèvent non pas contre le *fondement* de cette interprétation, mais contre l'*existence* même du principe de la liberté testamentaire dans le droit québécois. Billette, le premier en 1933, le juge immoral (38) : « Principe de licence, dit-il, plus que de liberté » ; et il ajoute, résigné : « Regret bien inutile évidemment », car il estime que le principe « est trop ancré dans les pays britanniques pour qu'il y ait lieu même de songer à le limiter. » (38 a) D'autres y voient une institution « en soi éminemment dangereuse » (39) ou plus simplement « désuète » (40).

« Mais on s'apercevra peut-être un jour, disait encore Billette (41), si on ne s'en est pas aperçu déjà, que l'on ne touche pas en vain aux institutions qui protègent la famille, base de la société, et que l'idéal purement matériel et mercantile, est loin de conduire au véritable progrès social. » A l'époque toutefois, tous n'en étaient pas convaincus. Pour qui connaît la structure de la société canadienne française d'alors, ceci n'a rien qui doive surprendre : ainsi que nous aurons l'occasion de le voir bientôt plus en détail, la cohésion familiale était si forte que les mœurs tempéraient d'elles-mêmes les excès auxquels aurait pu donner lieu l'application rigoureuse du principe de la liberté de tester. C'est ce qui permettait à un juriste d'affirmer : « Despite the absence of the « quotité disponible » from our law of successions the family system seems as firmly rooted in the Quebec of 1934 as it was in the France of Jacques Cartier's time. » (42)

14. — Il n'en va cependant plus exactement de même, on le verra. Divers indices peuvent révéler à celui qui les analyse les profonds bouleversements survenus en moins de vingt-cinq ans

(38) « Principe immoral, écrit-il, que n'ont connu que la civilisation anglo-saxonne et la barbarie des Romains de la loi des Douze Tables, et qui permet à un testateur avili, d'oublier les siens en faveur d'une prostituée quelconque ! ». *Op. cit.*, n° 27, p. 19.

(38 a) *Op. cit.*, n° 128, p. 88.

(39) BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1132.

(40) TURGEON, *op. cit.*, R. du B., T. XV, 1955, p. 207.

(41) *Op. cit.*, n° 128, p. 88.

(42) F.R. SCOTT, « The law of successions in the Quebec and in the French civil codes », *Journées du droit civil français*, 1936, p. 178 : « Malgré l'absence de la « quotité disponible » dans notre droit successoral, le système familial semble aussi fermement enraciné dans le Québec de 1934 qu'il l'était dans la France du temps de Jacques Cartier. » Dans le même sens, voir : BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1088.

dans le Québec. Et ces bouleversements commencent maintenant d'avoir leurs répercussions sur le plan juridique. La prédiction de Billette, que nous rappelions plus haut, serait-elle en voie de se réaliser ? C'est bien ce qui est apparu à quelques juristes qui, tout récemment, ont pris l'initiative de mettre en doute l'interprétation traditionnelle pourtant si profondément ancrée dans la pensée juridique. Ce mouvement est, pour nous, hautement significatif. Il pourrait marquer le point de départ d'une évolution doctrinale et jurisprudentielle qui constituerait presque, étant donné la quasi-unanimité de l'opinion, un renversement des positions actuelles.

15. — Le sort de cette interprétation nouvelle dépend en grande partie de la façon dont ses partisans sauront l'établir sur des bases solides. Alors seulement pourra-t-elle trouver écho chez la majorité des juristes. Aussi, parce qu'il ne convient pas d'en minimiser l'importance, retracerons-nous d'abord l'histoire de la liberté de tester dans le droit québécois, avant d'examiner en détail les fondements sur lesquels il est possible d'élaborer l'interprétation nouvelle.

Car l'introduction de la liberté de tester dans le droit civil québécois ne s'est pas faite en un temps : elle a une histoire — qu'on a d'ailleurs trop souvent négligée. Si nous avons choisi d'en repousser l'étude jusqu'ici, c'est que cette histoire est en relation directe non seulement avec l'interprétation traditionnelle qu'elle éclaire d'un jour nouveau (et qu'il était pour cette raison indispensable de connaître), mais avec l'interprétation que nous défendons et qui trouve en elle une justification extrêmement précieuse. Si l'on s'était toujours soucié de replacer les règles légales dans leur développement historique dont elles ne forment en somme qu'une étape, essentiellement provisoire, on aurait certainement évité la pierre d'achoppement du juriste, nous voulons dire le dogmatisme, avec sa conséquence la plus funeste : la sclérose de la science du droit, et son corollaire : l'intervention législative faisant acte d'autorité et par conséquent ne respectant pas toujours la tradition historique.

CHAPITRE II

HISTORIQUE DE LA LIBERTÉ TESTAMENTAIRE

16. — La liberté de tester en droit québécois a une histoire, disions-nous. Mais cette histoire n'est pas faite d'une longue évolution — comme ce fut en général le cas en France jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, les institutions changeant graduellement de physionomie sous la pression de circonstances économiques ou sociales nouvelles. Si l'on excepte en effet la période qui va de la promulgation du Code civil à nos jours, pour laquelle on a déjà vu, assez en détail, l'évolution en notre matière, l'histoire de la liberté de tester est marquée essentiellement par des interventions législatives fréquentes et qui ont apporté chacune des modifications profondes. On peut ainsi distinguer autant d'étapes, qui sont, par conséquent, très nettement délimitées dans le temps.

Après une période coutumière qui, des premiers établissements français consécutifs à la prise de possession du Canada par la France s'étend légèrement au delà de la conquête anglaise de 1759, une loi impériale vint bouleverser, en 1774, le système testamentaire français. Cette première réforme, jugée insuffisante, fut complétée par une loi de la Législature du Bas-Canada, en 1801, et passa enfin, avec quelques modifications suggérées par les commissaires, dans le Code civil de 1866.

17. — Nous tracerons donc tout d'abord un tableau rapide de la situation existant sous le régime français, sans quoi il est impossible de juger de l'ampleur des réformes apportées par la suite. Les lois de 1774 et de 1801, en effet, ne sont pas autonomes ; elles ne présentent pas en elles-mêmes les éléments qui permettraient d'en tirer un système nouveau sans référence à l'ancien. Elles s'inscrivent au contraire en quelque sorte comme des exceptions par rapport à un principe qu'il est dès lors essentiel de connaître.

SECTION I

PÉRIODE COUTUMIÈRE : 1534-1774

18. — Lorsque commença la colonisation de la Nouvelle-France, la métropole ne se préoccupa pas d'imposer un régime juridique uniforme. D'une part, les premiers colons, en majorité originaires de l'ouest de la France et principalement de Normandie, restaient attachés à leurs traditions respectives et continuaient tout naturellement de s'en remettre aux coutumes qu'ils avaient connues dans leur pays d'origine. La Compagnie des Cent-Associés, d'autre part, à qui fut concédée la propriété du territoire de 1627 à 1663, avait choisi de suivre et d'appliquer la Coutume de Paris, notamment pour déterminer les obligations des seigneurs et des censitaires des terres qu'elle avait concédées ; de sorte que très tôt, en pratique, malgré la possibilité laissée aux individus d'invoquer toute autre coutume pour régler leurs relations juridiques, c'est celle de Paris qui s'imposa de façon presque exclusive. Les actes de la pratique de l'époque nous l'attestent avec certitude.

19. — On sait déjà comment en France, grâce surtout à la valeur de son texte et à l'absence d'un caractère local trop marqué, la Coutume de Paris réformée devint l'expression du droit commun coutumier et acquit ainsi une prééminence certaine sur les autres coutumes. On doit sans doute voir là l'une des raisons pour lesquelles Colbert décida de l'introduire dans la Nouvelle-France, plutôt que celle de Normandie qui eût peut-être été cependant, au dire de certains (1), plus adaptée aux conditions régnant dans la colonie.

(1) W.B. MUNRO, *The Seigniorial système in Canada, A Study in French Colonial Policy*, pp. 9-10.

L'édit de création de la Compagnie des Indes occidentales, du mois de mai 1664, fixait ainsi le système juridique qui devait être, pour deux siècles, celui de la Nouvelle-France. L'article 33 déclarait : « Seront les juges établis en tous lesdits lieux, tenus de juger suivant les lois et ordonnances du royaume, et les officiers de suivre et se conformer à la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris, suivant laquelle les habitants pourront contracter sans que l'on y puisse introduire aucune coutume pour éviter la diversité. » (2).

Si donc, avant cette date, il a pu exister quelque flottement sur le système juridique adopté en pratique par les habitants de la Nouvelle-France, à partir de 1664 aucune hésitation n'est plus possible : c'est le système parisien et lui seul qui a eu force de loi. Certains articles de la Coutume toutefois n'ont pas été appliqués ou sont tombés graduellement en désuétude ; mais grâce à une compilation, publiée en 1772 et 1773, des lois et usages suivis au Canada sous la domination française (3), nous connaissons exactement ceux qui ont survécu. Or aucun de ceux qui concernent notre matière ne nous est signalé comme abrogé ni en totalité ni en partie.

20. — Les diverses mesures élaborées par la Coutume de Paris dans le but de protéger la famille notamment étaient donc en vigueur au Canada. La *légitime*, fixée à la moitié de la part *ab intestat*, garantissait les enfants et petits-enfants contre les libéralités excessives entre vifs ou testamentaires de leurs ascendants (N.C. 298) ; garantie particulièrement efficace lorsque, le *de cujus* n'ayant que peu ou pas de propres ou ayant dilapidé son patrimoine par des donations entre vifs, ses descendants ne pouvaient bénéficier de la *réserve des quatre-quints des propres* (N.C. 292). Encore n'était-il pas permis au testateur de disposer de ses meubles et acquêts et du quint de ses propres en faveur de qui bon lui semblait. Étaient en effet incapables de recevoir à cause de mort ceux mêmes qui étaient incapables de recevoir par donation entre vifs (4) : les enfants naturels simples pouvaient recevoir des legs particuliers, mais en faveur des incestueux ou

(2) Edits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'Etat du Roi concernant le Canada, p. 46.

(3) An Abstract of Those Parts of the Custom of the Viscounty and Prevostship of Paris which were received and practised in the Province of Quebec in the Time of the French Government, pp. i et ii ; on le désigne plus commodément sous le nom de « Extrait des Messieurs ».

(4) *Ibid.*, pp. 103 et 112.

adultérins seuls des legs d'aliments étaient admis (5) ; quant aux concubins, ils étaient frappés de la même incapacité que les bâtards adultérins, leur union étant regardée comme manifestement contraire aux bonnes mœurs (6). Il faut mentionner également les douaires de la femme survivante et des enfants ; l'interdiction aux époux de s'avantager même par testament, sauf par don mutuel (N.C. 282), et d'avantager leurs enfants l'un plus que l'autre (N.C. 300 et 303) ; enfin les prohibitions de l'édit des secondes noces, sous la forme aggravée que leur avait donnée l'article 279 de la Coutume de Paris.

SECTION II

LA LOI DE 1774

21. — La survivance de toutes ces institutions fut soudainement mise en question (7), en 1774, par une loi du Parlement de Grande-Bretagne : l'Acte de Québec (8). Cette loi, après avoir posé d'abord le principe du maintien du droit civil français alors en vigueur au Canada (art. VIII), introduisait, par son article X, une dérogation d'extrême importance pour notre matière et qui est à l'origine de la règle édictée par l'article 831 du Code du Québec. En voici le texte :

« Provided also, That it shall and may be lawful to and for every Person that is Owner of any Lands, Goods, or Credits, in the said Province, and that has a Right to alienate the said Lands, Goods, or Credits, in his or her Life-time, by Deed of Sale, Gift or otherwise, to devise or

(5) POTHIER, *Œuvres*, éd. Bugnet, T. VIII, « Traité des donations testamentaires », n° 152, p. 267 ; Olivier MARTIN, *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, T. II, pp. 485, 494, 505-506.

(6) Code MICHAUD, art. 132 ; POTHIER, T. VII, « Traité des donations entre mari et femme », n° 31, p. 461 ; T. VIII, « Traité des donations testamentaires », n° 151, p. 267 ; T. VIII, « Traité des donations entre vifs », n° 31, p. 358 ; Olivier MARTIN, *op. cit.*, pp. 505-506.

(7) Nous laissons de côté toute la période qui va de 1759 à 1774, période au cours de laquelle on tenta d'introduire au Canada le droit civil anglais. La légalité des ordonnances du gouverneur Murray à cet effet a été contestée dès cette époque et ces ordonnances ont été rapportées par l'article IV de l'Acte de Québec ; de sorte que l'état du droit civil en 1774 était le même qu'avant la conquête.

(8) 14 Geo. III, ch. 83 : An Act for making more effectual provision for the government of the province of Quebec in North America.

bequeath the same at his or her Death, by his or her last Will and Testament ; any Law, Usage, or Custom, heretofore or now prevailing in the Province, to the Contrary hereof in any-wise notwithstanding; such Will being executed, either according to the Laws of Canada, or according to the Forms prescribed by the Laws of England. » (9)

22. — Cette disposition singulière étonne à première vue. Quelles raisons si impérieuses avait-on donc de modifier le seul droit des testaments alors qu'on avait par ailleurs pris le parti de laisser aux Canadiens la jouissance de leurs lois civiles ? Certains, se fondant sans doute sur la rédaction même de l'Acte de Québec (Les Canadiens pourront jouir de leur droit civil (art. VIII) ... *pourvu* qu'il soit permis de tester librement (art. X)...) ont avancé que le principe de la liberté de tester avait servi de « monnaie d'échange au maintien des lois civiles françaises » (10). D'autres ont invoqué — ce qui ne fait d'ailleurs que compléter et non contredire la thèse précédente — « les désirs... de la foule de marchands que la victoire des armes anglaises avait jetés sur la colonie nouvelle » (11). L'hypothèse est vraisemblable — on n'en peut dire davantage — d'autant que les Anglais tenaient en très haute estime certaines de leurs institutions d'esprit libéral, au nombre desquelles il faut compter précisément, outre le procès par jury et l'*habeas corpus*, la liberté de tester (12).

23. — Mais quand on vient à se demander d'où est venue plus exactement l'idée d'introduire la liberté de tester, *et elle seule*, dans le corps des lois françaises, on est surpris de constater que personne, à notre connaissance du moins, n'a tenté jusqu'ici

(9) « Pourvu aussi qu'il soit et pourra être légalement permis à toute personne qui est propriétaire d'immeubles, de meubles ou d'intérêts, dans ladite province, et qui a le droit d'aliéner lesdits immeubles, meubles ou intérêts, de son vivant, par acte de vente, donation ou autrement, de tester ou léguer ces mêmes biens à sa mort, par son dernier testament ; nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraires, qui ont prévalu ou prévalent maintenant dans cette province ; que ce testament soit dressé selon les lois du Canada ou selon la forme prescrite par les lois d'Angleterre. »

(10) BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1130. MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, pp. 239-240.

(11) BILLETTE, *op. cit.*, n° 95, p. 67 ; J. TURGEON, *op. cit.*, R. du B., T. XV, 1955, p. 205.

(12) Lors de la discussion de l'Acte de Québec au Parlement anglais, le colonel Barré ne déclarait-il pas : « ... It is preposterous to suppose, that the superiority of good and just law, and freedom, should not be felt by people (en l'occurrence les Canadiens), because they had been used to arbitrary power » (le système juridique français !) *The Parliamentary History of England from the earliest period to the year 1803*, vol. XVII, col. 1361 : « Proceedings in the Commons on the Bill for the Government of Quebec », May 26, 1774.

d'élucider la question. Les débats parlementaires qui ont entouré l'adoption de l'Acte de Québec ne nous sont d'aucune utilité, puisqu'ils n'ont pas porté sur ce point dont l'opportunité devait sembler évidente pour tous... (13) Doutre et Lareau, il est vrai, dans leur *Histoire générale du droit canadien*, nous disent que James Marriott transmet au roi, en 1773 (14), un long rapport sur la proposition d'émettre un code de lois pour la province de Québec. Selon eux, après avoir suggéré de maintenir en vigueur le droit civil français, Marriott aurait émis l'opinion que « la loi française est défectueuse en tant qu'elle ne permet pas à un testateur de disposer comme il l'entend de sa propriété ». « Il serait étrange, aurait encore affirmé en substance Marriott, que de son vivant un homme aurait le droit d'échanger, de vendre et d'aliéner ses biens comme bon lui semblerait et qu'au moment de son décès, par le dernier acte de sa volonté, il perdrait *ex abrupto* cette liberté de disposer de ses biens » (15).

Cette argumentation est peut-être erronée en ce qu'elle semble ignorer les nombreuses règles qui, sous l'Ancien droit, restreignaient la capacité de disposer entre vifs; mais on ne peut qu'être frappé des liens qui la rattachent à l'article X de l'Acte de Québec, lequel édicte précisément que toute personne capable d'aliéner ses biens entre vifs pourra en disposer par testament. Cette corrélation entre la capacité de disposer à cause de mort et celle de disposer entre vifs est celle même que Marriott aurait déclarée souhaitable. Est-ce donc à lui qu'il faut attribuer l'idée d'introduire la liberté de tester dans le droit québécois ?

La lecture de son rapport (16) nous en a dissuadé. En effet, aucun raisonnement du genre de celui que Doutre et Lareau nous rapportent comme étant de Marriott n'y est contenu. Bien mieux, après avoir observé que le Roi avait le pouvoir de modifier les lois qui gouvernent les Canadiens, Marriott affirme : « It would probably answer every just and reasonable purpose, and would tend perfectly to quiet the minds of your Majesty's Canadian subjects, if a bill were to pass in Parliament to the following effect. That in all cases of wills..., the legitime, or portion of children and

(13) *The Parliamentary History of England...*, *supra*.

(14) Le rapport fut publié en réalité en 1774.

(15) DOUTRE et LAREAU, *Le Droit civil canadien suivant l'ordre établi par les Codes*, T. I, « Histoire générale du droit canadien » (1492-1791), pp. 662-663. LAREAU, *Histoire du droit canadien*, T. II, « Domination anglaise », pp. 125-126, reprend exactement la même affirmation. Quant à LEMIEUX, *Les Origines du droit franco-canadien*, il n'analyse pas le rapport de MARRIOTT.

(16) Plan of a Code of Laws for the Province of Quebec ; reported by the Advocate-General, London, 1774.

widows, and of all deeds..., the ancient laws, customs, and usages of Canada shall be valid » (17). Puis, en vue de prévenir le morcellement des héritages, il envisage de conférer au testateur qui le désire le pouvoir de léguer tous ses immeubles à une seule personne (18).

24. — Le raisonnement, que Doutre et Lareau attribuent à tort à Marriott et qui fournirait le clef du problème que nous examinons présentement, nous l'avons trouvé, mais dans deux brochures rédigées par le procureur général du Roi dans la colonie, Francis Masères, et intitulées toutes deux : *Draught of an Act of Parliament for Settling the Laws of the Province of Quebec*. Elles furent publiées l'une en 1772, l'autre l'année suivante.

Dès son premier projet, Masères avait prévu un article conférant à toute personne capable de disposer entre vifs le pouvoir de disposer à cause de mort en faveur de qui que ce soit (19). Mais le second projet, plus élaboré, contenait en outre un préambule (20) où l'auteur faisait état des motifs qui justifiaient, selon

(17) *Op. cit.*, pp. 92-93 : « Il serait probablement juste et raisonnable et contribuerait parfaitement à apaiser les esprits des sujets canadiens de Votre Majesté, qu'une loi soit passée au Parlement à l'effet suivant. Que, dans tous les cas de testaments..., de légitime, ou des droits des enfants et des veuves, et dans le cas de tous actes..., les anciennes lois, coutumes et usages du Canada soient valides. »

(18) *Op. cit.*, pp. 101-103 : « ... By the power of making wills and deeds, every man has it in his power to form another law for himself, and his family, descendants, or devisees, so as to render any fixed law of inheritance of no effect, if it does not fall in with his own ideas ; by these means, agreeable to the spirit of human pride, which carries its views beyond the grave, he may unite all the lands he possesses, in one hand, and in a certain line, the first point of which the testator is delighted to form, and to extend himself into an ideal perpetuity of succession. The French law restrains at present the power of devising by will, by its allotting portions called the legitime ; the Canadians may defeat the new law of inheritance as proposed, at their own pleasure, if it were to take place by their wills or marriage contracts. »

(19) En voici le texte : « Sixtly, with respect to the power of devising or bequeathing lands and goods in the said province, the law for the time to come shall be as follows :

« Every person in the said province, whether man or woman, that is owner of any lands, or goods, or credits in the said province, and has a right to alienate the same in his life-time by deed of sale, or gift, or otherwise, shall likewise have the power of devising and bequeathing the same at his death, by his last will and testament, to such person and in such manner as he shall think fit » (p. 7).

(20) « VIII - And whereas the free power of devising lands and goods by last will and testament is oftentimes highly useful towards the good government and happy settlement of men's families, and is generally found to be a great encouragement to industry ; and is moreover a right and privilege enjoyed by all his Majesty's subjects residing in England, and is highly valued and esteemed by them, and is therefore likely to be much desired and expected

lui, l'introduction de la liberté de tester, motifs qu'il reprit dans un long mémoire (21) destiné à défendre son projet contre les objections soulevées par certains. Voici ces motifs, tels qu'ils sont exposés dans ce mémoire : « 1^{mo} Que ce pouvoir de tester est souvent fort utile pour le bon gouvernement des familles, et pour tenir les enfans dans leur devoir envers leurs parens ; 2^{do} Que c'est un grand aiguillon à l'industrie, quand un homme sçait que tout ce qu'il pourra gagner par son travail sera absolument dans son pouvoir à sa mort, pour en disposer comme il voudra ; 3^{io} Que ce pouvoir de tester est fort estimé par les Anglois, et seroit sans doute censé par eux être un des bénéfices des loix Angloises que le roi leur a promis dans sa proclamation royale (*sic*) ; et 4^{to} Que c'est un pouvoir qui est naturellement si agréable à tous (*sic*) les hommes qu'on ne peut pas douter qu'il ne le soit aux Canadiens » (22).

Qu'on ne s'y trompe pas cependant. Ce plaidoyer en faveur de l'introduction de la liberté de tester a de quoi nous laisser rêveurs en raison même de son apparente objectivité et du détachement peut-être trop grand dont semble témoigner son auteur. Pareille accumulation de motifs ne dissimulerait-elle pas une raison plus profonde, mais qu'on pouvait à cette époque juger inopportun de livrer ouvertement dans un document qui, ne l'oublions pas, est adressé non au Gouvernement anglais, mais aux Canadiens eux-mêmes ? La pensée intime de Masères sur ce sujet, nous croyons la trouver bien plutôt dans un rapport confidentiel préparé à l'intention du secrétaire d'Etat aux Colonies, lord Hillsborough (23).

Le principal inconvénient de l'état actuel du droit dans le Québec, écrit Masères dès 1769, tient à l'incertitude régnant sur le système juridique en vigueur. C'est pourquoi, continue-t-il, le Par-

in the said province of Quebec by such of his Majesty's English subjects as have, in pursuance of the royal proclamation above-mentioned, resorted to, and settled themselves in, the said province, as one of the benefits of the laws of England, of which, by the said proclamation, his Majesty had promised them the enjoyment : and whereas the said power, or privilege, is observed to be so pleasing to mankind in general that it can hardly be supposed to be otherwise than agreeable to his Majesty's new Canadian subjects, notwithstanding that they had not been used to enjoy it in its full extent by the custom of Paris, and other laws that prevailed in the said province in the time of the French government : IT IS THEREFORE ENACTED...» (p. 20.).

(21) *Mémoire à la Défense d'un Plan d'Acte de Parlement pour l'Etablissement des Loix de la Province de Québec, dressé par Mr. François Masères... contre les objections de M. François Joseph Cugnet*, Londres, 1773.

(22) *Mémoire...*, *supra*, § LIV, p. 32.

(23) *A Draught of An Intended Report... concerning The State of the Laws and the Administration of Justice in that Province* ; publié dans *Documents relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791*, 2^e éd., T. I, p. 327.

lement anglais devrait, au moyen d'un loi, décréter lequel, du droit anglais ou de l'Ancien droit canadien, doit être observé dans la nouvelle colonie. Et alors, les habitants de la province qui voudraient y déroger, pourraient aisément le faire soit par leurs conventions, soit par leur testament (24).

La liberté testamentaire dont devaient jouir les Canadiens était donc conçue, dans l'esprit de Masères, comme *un moyen destiné à faire échec*, dans des cas particuliers, au système juridique qui serait en vigueur, quel qu'il soit, français ou anglais. Et il y a tout lieu de croire que les rédacteurs de l'Acte de Québec, s'inspirant directement des travaux de Masères, n'ont pas eu d'autre pensée. Puisqu'on avait décidé, en 1774, de faire revivre tout l'Ancien droit canadien et que cette décision pouvait mécontenter les Anglais nouvellement établis au pays, ils ont voulu, eux aussi, mettre entre les mains des anciens sujets britanniques un instrument qui leur permette d'abroger pour eux-mêmes certaines des institutions de l'Ancien droit qu'on venait de ressusciter, telles la légitime ou la réserve des propres, et de rétablir à leur profit un ordre de dévolution successorale conforme aux lois anglaises et dont ils étaient naturellement plus familiers.

Les termes dans lesquels Masères proposait, dans son second projet, une disposition ayant pour but d'introduire la liberté de tester ne sont pas indifférents. L'article devait être rédigé comme suit : « Every person in the said province, whether man or woman that is owner of any lands, or goods, or credits in the same, and that has a right to alienate the said lands, or goods, or credits, in his lifetime, by deed of sale, or gift, or otherwise, shall likewise have the power of devising or bequeathing the same at his death by his last will and testament, to such persons, and in such manner, as he shall think fit » (25).

On n'aura pas été sans remarquer l'identité presque totale de ce projet de loi avec l'article X de l'Acte de Québec que nous connaissons déjà (n° 21). Quelques tournures mises à part, ce sont dans les deux textes les mêmes mots, les mêmes expressions, les même phrases qui se retrouvent. La ressemblance est trop exacte pour être fortuite; il est évident que l'un a servi de modèle à

(24) *Id.*, p. 351.

(25) « Toute personne, dans ladite province, homme ou femme, qui est propriétaire d'immeubles, ou de meubles ou d'intérêts dans ladite province, et qui a le droit d'aliéner lesdits immeubles, ou meubles ou intérêts, de son vivant, par acte de vente, ou donation, ou autrement, aura pareillement le pouvoir de tester ou léguer ces mêmes biens à sa mort, par son dernier testament, en faveur de telles personnes et de telle manière qu'elle jugera convenable. » *Draught of an Act of Parliament...*, 1773, p. 20.

l'autre. Une seule différence cependant : Masères spécifiait que le testateur pourrait léguer en faveur de « such persons... as he shall think fit »; le législateur anglais crut superflu ou oublia (?) de reproduire ce petit membre de phrase qui aurait pourtant éliminé bien des difficultés, comme on va le voir, et rendu peut-être inutile l'intervention, en 1801, du législateur québécois.

25. — Connaissant l'origine de cette section de l'Acte de Québec qui nous intéresse, il convient d'en analyser maintenant avec précision la portée. Après cette incursion dans le domaine de l'histoire, la pensée du législateur de 1774 n'en ressort que plus clairement.

Son intention était d'établir une stricte corrélation entre la capacité de disposer entre vifs et celle de disposer à cause de mort. Acceptant les règles de l'Ancien droit coutumier relatives aux donations, les prenant même comme terme de référence en quelque sorte et pour base de son raisonnement, il voulait en retour accroître la liberté testamentaire, qui lui paraissait trop étroite, à cette même mesure. En langage mathématique, nous dirions qu'il posait une équation à une inconnue, cette inconnue étant la capacité de tester. Il appartenait donc aux interprètes de définir cette dernière. Pour ce faire, la comparaison dont nous venons de nous servir ne nous paraît pas inutile. Plus qu'une analogie qui serait simplement destinée à éclairer le sens de la loi, elle nous semble correspondre au principe directeur, qui se dégage de l'article X de l'Acte de Québec, de façon assez exacte pour en faire le fondement de notre méthode d'interprétation de cette disposition.

Le problème est donc le suivant : étant connues les règles de la Coutume de Paris concernant la capacité de disposer de ses biens entre vifs, quelles sont, relativement à la capacité de tester, celles qu'il faut considérer comme abrogées pour établir entre les deux une adéquation parfaite ? Nous considérerons successivement les biens qui peuvent faire l'objet d'une disposition testamentaire (§ 1), puis les personnes mises en cause (§ 2), d'un côté le testateur, de l'autre le légataire (26).

(26) Nous laissons de côté la nouvelle forme de testament introduite par l'Acte de Québec et qui est passée dans le Code civil (art. 851) sous le nom de testament fait suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre.

§ 1. — Portée de la loi quant aux biens disponibles.

26. — On sait la place que tenait, dans l'Ancien droit coutumier, la distinction des immeubles, tant corporels qu'incorporels, en propres et acquêts. Cette distinction, qui avait pour but, en soumettant les propres à un régime particulier, de conserver les biens dans les familles, recevait application en matière de succession, de testament et d'aliénation entre vifs. C'est ce dernier cas qui retiendra ici notre attention.

Lorsqu'une personne avait aliéné un immeuble propre hors de la ligne dont cet immeuble lui était venu, il était possible aux lignagers du vendeur qui étaient du côté et ligne du propre et habiles à lui succéder, de faire rentrer ce propre dans le lignage en remboursant à l'acheteur, dans un certain délai, le prix et les loyaux coûts : c'est le retrait lignager (N.C. 129). Mais — et c'est ce qu'il faut retenir de tout ceci — le retrait lignager ne frappait nullement le propriétaire d'une incapacité juridique d'aliéner ses propres; il ne l'obligeait qu'à accepter, le cas échéant, de voir l'un de ses successibles se substituer à l'acheteur éventuel.

Quant aux aliénations à titre gratuit, elles étaient libres en principe; la règle « donner et retenir ne vaut » (N.C. 273) en était le seul tempérament, tempérament d'ailleurs d'ordre psychologique, de nature à dissuader souvent le donateur de « jouer un mauvais tour à ses héritiers ». Comme le remarque Olivier Martin dans son *Histoire de la Coutume de Paris* (27) ; « La méthode en somme spéculait hardiment sur l'égoïsme de l'homme que la passion entraînera parfois à préférer, dans une perspective lointaine, le gratifié à ses héritiers naturels, mais qui résistera davantage aux motifs parfois légitimes l'induisant à préférer, tout de suite, le donataire à soi-même. »

En somme, en ce qui concerne les aliénations aussi bien à titre onéreux qu'à titre gratuit, la répartition des biens en propres et acquêts ne diminuait aucunement, du strict point de vue juridique, la liberté de leur propriétaire d'en disposer comme il l'entendait (27 a). Or, nous dit la loi de 1774, toute personne capable d'aliéner ses biens entre vifs pourra léguer *ces mêmes biens* (bequeath the same) par testament. L'effet d'une telle loi, on l'aper-

(27) *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, T. II, p. 483.

(27 a) Le retrait lignager fut aboli par une loi du 30 mai 1855, 18 Vict., ch. 102.

goit, est donc de conférer au testateur un pouvoir de disposition sur son patrimoine, sans plus avoir à se soucier de l'origine et de la nature des biens dont il lui plaît de disposer qu'il n'avait à le faire en matière d'aliénation entre vifs. C'est bien là ce que recouvre, du moins en partie, la formule acceptée par la jurisprudence pour définir la portée de la loi : « ... The statute of 14th, Geo. III, was meant merely to extend the subject over which the devisor had rights... » (28). Ainsi se trouvait abolie, *mais en matière testamentaire seulement*, cette ancienne distinction dont l'existence nous est attestée dès la fin du ^{xr} siècle (29) et qui constituait l'un des fondements du droit familial coutumier. Elle continuait néanmoins de subsister en matière de succession *ab intestat*.

27. — De ce que le testateur n'ait plus à tenir compte de l'origine et de la nature des biens pour en disposer, il s'ensuit une première conséquence d'extrême importance parce qu'elle vient bouleverser complètement les conceptions de l'Ancien droit sur le sujet : nous voulons parler de *l'abrogation de la réserve* (30). Cette institution, dirigée à l'origine à l'encontre des donations entre vifs, fut restreinte vers la fin du ^{xiv} siècle aux seules libéralités testamentaires. Le testateur devait obligatoirement « réserver » au profit de ses lignagers les quatre-cinquièmes de ses propres ; sur cette portion de son patrimoine, il n'avait donc aucun pouvoir de disposition à cause de mort. Mais en supprimant, ainsi que nous venons de le voir, la distinction des biens en propres et acquêts, l'Acte de Québec rendait du même coup inopérant l'article 292 de la Coutume de Paris : la réserve reposant, en effet, tout entière sur cette distinction, une fois cette distinction abolie, sa mise en œuvre devenait par le fait même impossible.

C'est certainement en cela que réside l'effet majeur de la loi. L'un des principes fondamentaux du système coutumier se trouvait ainsi soudainement renversé ; l'une des conceptions le plus profondément ancrée dans les mœurs était d'un seul coup violemment

(28) Durocher *v.* Beaubien (1828), 1 C.R.A.C. 1 (2) ; et Jones *v.* Cuthbert (1835), M.L.R. 2 B.R. 44 (51). Voir aussi : Philipps *v.* Anderson (1854), 2 R.J.R.Q. 374. « ... La portée de la loi 14 Geo. III était simplement d'accroître les biens sur lesquels le testateur avait des droits... »

(29) O. MARTIN, *op. cit.*, p. 155.

(30) Cette conséquence a été aperçue par François-Joseph CUGNET, dès 1775, dans son *Traité des Anciennes Loix de Propriété en Canada aujourd'hui Province de Québec*, p. 167 ; et reconnue en jurisprudence dans les causes suivantes : Lambert *v.* Gauvreau (1857), 5 R.J.R.Q. 244 (248-49) ; Blanchet *v.* Blanchet (1861), 11 L.C.R. 204 (219) ; de Hertel *v.* Roe (1894), 6 C.S. 101 (108) ; Papineau *v.* Rainville (1920), 57 C.S. 51 (54).

battue en brèche. Sur le seul plan juridique, la réforme semblait tellement totale que l'on comprend aisément comment les juristes ont pu, à partir de ce moment, commencer à parler d'une « liberté illimitée de tester ». Car il faut bien se rendre compte que, pour le juriste français du XVIII^e siècle, le pouvoir du testateur, si restreint qu'il ait pu paraître aux yeux de celui qui ne connaissait que le régime anglo-saxon, n'était pas un vain mot : Furgole le comparait même à « la puissance du Souverain dans ses Etats ». Placé, nous dit-il, par la loi au milieu de sa famille, le testateur devait la régler suivant sa volonté; et si cette même loi mettait à sa volonté certaines limites, elle ne faisait en cela qu'explicitement les impératifs de la raison, de l'honnêteté, des bonnes mœurs (31), impératifs qui ne portaient pas atteinte à sa liberté, puisqu'ils étaient les bornes naturelles à l'intérieur desquelles toute liberté doit s'exercer. Par conséquent, si, déjà sous l'Ancien droit, le testateur était libre, comment devait-on qualifier le pouvoir dont il était investi par la loi nouvelle ? L'expression de « liberté illimitée » n'était pas tellement exagérée si on la replace dans cette optique.

28. — Toujours dans le but de protéger la famille du testateur, et pour compléter l'institution de la réserve pour le cas où cette dernière ne pouvait recevoir application soit parce que le *de cujus* ne laissait que peu ou pas de propres, soit parce qu'il avait dilapidé sa fortune par des libéralités entre vifs, la Coutume parisienne avait, au cours du XVI^e siècle, emprunté au droit romain la *légitime*. A défaut du bénéfice de la réserve, les enfants et petits-enfants du *de cujus* pouvaient exercer contre les legs d'abord, puis contre les donations entre vifs une action en retranchement qui leur garantissait d'obtenir la moitié de la part qu'ils auraient eue dans la succession *ab intestat* de leur ascendant, si celui-ci n'avait pas disposé autrement de son patrimoine (N.C. 298). La légitime, considérée d'ailleurs comme une institution de droit naturel, limitait donc également, mais de façon indirecte, le pouvoir du testateur sur ses biens. C'est pourquoi il convient d'examiner ici en quoi la loi de 1774 a pu l'affecter.

Mais si l'on peut rapprocher la légitime de la réserve en ce que toutes deux limitaient le pouvoir du testateur sur son patrimoine, il faut toutefois souligner que de nombreux caractères les séparent. En premier lieu, la réserve ne protégeait les lignagers qu'à l'encontre des legs, tandis que l'action en retranchement des légitimaires s'attaquait aussi bien, quoique subsidiairement, aux libéra-

(31) *Œuvres complètes*, T. II, « Traité des testaments », n^o 3, p. 4.

lités entre vifs. De plus, alors que la technique de la réserve utilisait la distinction des biens suivant leur origine et leur nature, celle de la légitime n'en tenait aucun compte : pour elle, seule importait la quotité des biens qui devait revenir aux descendants du *de cujus*. Ces différences suffisent à montrer que si la légitime tombe sous le coup de l'Acte de Québec, ce ne sera pas par suite d'un raisonnement analogue à celui que nous avons formulé pour la réserve.

Pour exprimer sous une forme plus claire et plus concise l'article X de l'Acte de Québec, on pourrait dire : « Est abrogée toute loi ou coutume qui défend à une personne de léguer les mêmes biens dont elle a le droit de disposer par acte entre vifs. »

Le parallélisme édicté par la loi ressort ainsi de façon frappante et l'on aperçoit dès lors que la question essentielle à résoudre est celle de savoir si la légitime empêchait une personne de disposer de ses biens par actes entre vifs.

On pourrait être tenté de répondre par l'affirmative, vu l'effet premier de l'action en retranchement qui est d'attaquer les donations entre vifs faites par le *de cujus* afin que les légitimaires soient remplis de leurs droits. Mais ce jugement serait hâtif en ce qu'il négligerait de prendre en considération deux faits d'importance :

D'abord, que les héritiers devaient opter entre la légitime et la réserve, les deux avantages ne pouvant naturellement se cumuler et qu'il leur était en outre toujours loisible de renoncer à se prévaloir d'un avantage qu'ils auraient eu par ailleurs intérêt à invoquer; de sorte que, même si le *de cujus* avait outrepassé la quotité fixée par l'article 298 de la Coutume de Paris, les donations qui, autrement, eussent été réduites ou annulées, pouvaient conserver leur efficacité.

En second lieu, il importe de mettre en valeur le fait que, même réductible ou annulable à la mort du donateur, la donation n'en conservait pas moins le caractère d'une véritable donation : c'est le cas, dans notre droit, des donations rapportables, parce que faites en avancement d'hoirie (art. 843 Code civil; art. 712 Code du Québec). Par conséquent, celui qui, dans l'Ancien droit, disposait par donation de la portion de son patrimoine nécessaire pour constituer la légitime n'excédait pas nécessairement les pouvoirs que la loi lui reconnaissait; bien mieux, même s'il eût pu être assuré que ses descendants réclameraient leur légitime, ses actes de disposition ne perdaient pas pour autant toute utilité.

De ce que l'application de la légitime n'était pas automatique dès lors que ne se retrouvaient pas dans la succession assez de biens pour que les héritiers légitimaires reçoivent la moitié de leur part *ab intestat*, on pourrait soutenir que la légitime ne constituait pas

une limitation au droit de tester et, partant, qu'elle ne tombait pas sous le coup de la loi nouvelle. C'est probablement pourquoi on a parfois considéré, en jurisprudence (32), que la légitime continuait à subsister après 1774. Mais sans nier la force de cet argument, on peut envisager le problème sous un autre angle et aboutir à une conclusion partiellement différente.

Si, en effet, la donation susceptible d'être attaquée par l'action en retranchement conférait néanmoins au donataire un avantage réel en ce que, jusqu'à rescision, celui-ci conservait l'usage et les fruits perçus de la chose, il n'en allait pas de même, il va sans dire, pour les legs, car c'est contre eux que s'exerçait d'abord l'action des légitimaires. Par conséquent, dans l'hypothèse où les descendants du *de cujus* décidaient d'invoquer leur droit, l'article 298 de la Coutume parisienne constituait certainement une entrave à la libéré du disposant plus considérable à l'égard des legs que des donations entre vifs. Pour rétablir le parallélisme voulu par la loi, il faudrait donc conclure que les légitimaires n'étaient plus protégés qu'à l'encontre des donations entre vifs de leur ascendant. Celui-ci avait-il, par son seul testament, dépouillé totalement ses enfants et petits-enfants, la légitime était désormais entre leurs mains un instrument dépourvu d'efficacité.

De ces deux solutions, laquelle préférer ? La seconde nous paraît personnellement mieux fondée ; c'est néanmoins la première qui semble avoir été retenue dans la pratique. Mais le seul fait que la loi laisse place à l'incertitude sur une question primordiale (32 a) nous en fait toucher du doigt le vice fondamental : c'est d'avoir été rédigée *in abstracto* pourrait-on dire, par un législateur qui connaissait mal le droit commun en vigueur au Canada à l'époque. Ce qui, à première vue, semble un principe clair et d'application générale se révèle, à l'analyse, obscur et inadapté. Le droit supporte mal l'importation ; on le verra encore mieux peut-être en examinant la portée de la loi sur la capacité du testateur et du légataire.

§ 2. — Portée de la loi quant aux personnes.

29. — Si l'on devait s'en tenir au jugement du Conseil privé (33) qui avait défini la portée de la loi de 1774 comme ayant simplement pour effet « d'accroître les choses sur lesquelles le testateur

(32) Blanchet *v.* Blanchet (1861), 11 L.C.R. 204 (219).

(32 a) T.K. RAMSAY, *Notes sur la Coutume de Paris*, pp. 75-76.

(33) Durocher *v.* Beaubien (1828), 1 C.R.A.C. 1 (2).

avait des droits..., d'habiliter une personne à donner par testament des biens dont elle ne pouvait auparavant tester », la question ne se poserait même pas de savoir en quoi la capacité respective du testateur et du légataire a pu être modifiée par cette loi : elle ne semble, en effet, viser, de façon explicite, que la quotité des biens susceptibles d'être légués. Mais, à la faveur de l'imprécision des termes de la loi, une interprétation plus large du parallélisme que nous y avons relevé entre la capacité de disposer entre vifs et celle de disposer à cause de mort est au moins théoriquement possible. Ce qu'il faut toutefois remarquer, c'est que si la loi de 1774 peut, à la rigueur, être considérée comme accroissant la capacité de léguer à la mesure de celle de donner, elle ne fait nullement mention, en revanche, de la capacité de recevoir. Celle-ci est complètement ignorée. Or, lorsqu'on examine les règles de l'Ancien droit sur le sujet, on remarque que c'est en général du point de vue du donataire ou légataire que l'incapacité était édictée; l'incapacité du donateur ou testateur en découlait comme un corollaire nécessaire. On ne voit d'ailleurs pas l'intérêt qu'il y aurait eu à distinguer, en matière d'incapacités relatives, entre le disposant et le bénéficiaire. Si, par exemple, les enfants adultérins ne peuvent être l'objet d'une libéralité de la part de leurs père et mère, ces derniers sont certainement du même coup incapables de les gratifier. C'est pourquoi, sur toute cette matière, on peut dire qu'il règne chez les anciens auteurs une certaine imprécision, mais dont il serait vain de vouloir leur tenir grief.

La jurisprudence ne pouvait, sans dénaturer les termes de la loi, faire abstraction de cet état de fait. Il fallait donc admettre que toutes les incapacités de recueillir continuaient à subsister : « Si, dorénavant, un individu pouvait disposer de la totalité de ses propres, il ne devait le faire qu'au profit de personnes *capables* », affirme un arrêt (34). Point n'est besoin même de se demander si certaines incapacités relatives de tester ont disparu : ce serait là, on le voit, un faux problème. Bien plus, puisque les incapacités de disposer entre vifs correspondaient également à celles de disposer par testament, il serait inexact de soutenir, comme l'a voulu faire une certaine jurisprudence (35), que, par suite de l'Acte de Québec, même si les incapacités de recueillir subsistaient, celles de léguer avaient été abrogées.

(34) *Blanchet v. Blanchet*, *supra*.

(35) *Hamilton v. Plenderleath* (1845), 2 R.J.R.Q. 126 (130) : *King v. Filia-trault* (1870), 20 R.J.R.Q. 119 (123) ; *King v. Tunstall* (1874), 22 R.J.R.Q. 174 (193, 199 et 207).

30. — Que le Parlement anglais ait cru, par l'Acte de 1774, conférer au testateur un pouvoir absolu de léguer ses biens à qui et comme bon lui semblait, on ne peut en douter; et le Conseil privé l'a lui-même clairement affirmé (36) : «... The law of England having from the earliest period, from the time when testamentary dispositions were introduced, given absolute power to a testator to deal as he liked with his property, wholly regardless of any moral or natural claims upon him, the English Legislature introduced that law into Lower Canada.» Pourtant l'analyse que nous venons d'effectuer nous aura à tout le moins démontré que le résultat atteint fut bien négligeable par rapport à l'intention du législateur. La loi de 1774 avait engendré un tel imbroglio, une telle confusion que la Législature du Bas-Canada décida bientôt d'y mettre un terme.

SECTION III

LA LOI DE 1801

31. — L'assemblée législative du Bas-Canada adopta donc, le 8 avril 1801, une loi intitulée : « Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté (36 a). Après avoir rappelé la réforme introduite par l'Acte de Québec, le préambule de la loi ajoute « qu'il s'est élevé des doutes et incertitudes en cette Province sur le vrai sens et intention du dit Acte ». L'on s'est beaucoup interrogé sur la question de savoir quels étaient les doutes et incertitudes dont la loi de 1801 fait mention. Pour les uns, il se serait agi de doutes sur l'abrogation de telle ou telle incapacité comme celle du mineur à l'égard de son tuteur (37) ou des conjoints l'un à l'égard de l'autre (38); pour d'autres, les doutes auraient porté sur l'abrogation de toutes les incapacités de recevoir en général et des réserves en faveur des héritiers du sang (39). Quant à la jurisprudence, qui s'était deman-

(36) King *v.* Tunstall (1874), 22 R.J.R.Q. 174 (206) : «... La loi d'Angleterre ayant depuis l'époque la plus ancienne, depuis le temps où le droit de disposer par testament a été introduit, donné au testateur un pouvoir absolu de disposer de sa propriété comme il l'entendait, sans qu'il y ait lieu contre lui à quelque réclamation fondée sur la morale ou sur la nature, c'est cette loi que la législature anglaise a introduite dans le Bas-Canada.»

(36 a) 41 Geo. III. ch. 4.

(37) BILLETTE, *op. cit.*, n° 233, p. 171.

(38) LANCELIER, *op. cit.*, T. III, p. 106.

(39) C'était déjà l'opinion de Max. BIBAUD dans ses *Commentaires sur les lois du Bas-Canada*, p. 20; c'est aussi celle de MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, p. 240.

dée si la loi de 1774 avait fait disparaître non seulement les incapacités de léguer, mais encore celles de recevoir, elle vit là tout naturellement les incertitudes que la loi de 1801 voulait dissiper (40).

Quoique nous jugions ce raisonnement inexact en ce qu'il accorde à la loi de 1774 une portée abrogatoire qu'elle ne pouvait avoir en réalité, il nous faut bien convenir que l'hypothèse de la jurisprudence est encore la plus vraisemblable. Car on ne peut juger de ces « doutes et incertitudes » qu'en se référant à l'opinion admise à cette époque, peu importe le jugement que l'on puisse aujourd'hui porter sur ce qu'elle avait de bien ou mal fondé. Si encore la loi de 1801 s'était limitée à l'objet qu'elle s'était assignée dans son préambule, il nous resterait une dernière ressource : déterminer les doutes et incertitudes allégués, par la portée même de la loi. Mais la lecture de son dispositif nous persuade que le législateur québécois entretenait un dessein beaucoup plus vaste, qui était de débrouiller la situation hybride et extrêmement confuse créée par la loi impériale, de réparer les maladresses commises.

En invoquant des doutes qu'il prétendait dissiper, il voulait parer à une objection qu'on ne manqua d'ailleurs pas de soulever : une loi coloniale pouvait-elle amender une loi édictée par le Parlement anglais ? Et si la loi n'était qu'interprétative, une nouvelle difficulté surgissait : devait-on lui reconnaître un effet rétroactif ? Les tribunaux québécois se refusèrent à trancher la question, sans dissimuler toutefois leur tendance à prononcer l'inconstitutionnalité de la loi (41). Il faut peut-être discerner là la manifestation d'une certaine répugnance à voir s'introduire dans le droit du Québec un principe étranger dont on pouvait craindre les conséquences... Finalement, le Conseil privé saisit l'occasion qui lui était offerte de confirmer la réforme que le Parlement anglais avait vainement essayé d'instaurer dans sa colonie et décida que la nouvelle loi était parfaitement valide : « These doubts and difficulties, lit-on dans le jugement de lord James dans la cause fameuse de *King c. Tunstall* (42), it was perfectly within the competency of

(40) *Durocher v. Beaubien* (1828), 1 C.R.A.C. (1) (2) ; *Hamilton v. Plenderleath* (1845) 2 R.J.R.Q. 126 (132) ; *King v. Filiatrault* (1870), 20 R.J.R.Q. 119 (124) ; *King v. Tunstall* (1874), 22 R.J.R.Q. 174 (199 et 207).

(41) *Hamilton v. Plenderleath*, *supra*, *vide*, p. 131 ; *King v. Filiatrault*, *supra* *vide*, p. 124 ; *King v. Tunstall*, *supra*, *vide*, p. 199.

(42) (1874), 22 R.J.R.Q. 174 (203-210) : « Ces doutes et incertitudes, il était parfaitement de la compétence de la Législature canadienne de s'en occuper comme elle le jugeait convenable, car c'est simplement une question de disposition de propriété dans la colonie, et cela n'affecte pas la politique impériale. »

the Canadian Legislature to deal with as they thought fit, being a mere matter of disposition of property in the colony, not affecting any Imperial policy. » Lorsqu'on connaît l'influence des motifs politiques sur les décisions du Conseil privé, cette prise de position n'a rien qui doive surprendre.

32. — Le texte de la loi de 1801 est un curieux mélange des influences française et anglaise qui s'exerçaient alors dans le Québec. Le fond du droit est évidemment emprunté au système juridique anglais. Le style, filandreur et prolixe, trahit trop bien son modèle... et le traducteur, accumulant barbarismes, fautes de syntaxe et fautes d'orthographe, nous a légué là une triste, mais éloquente démonstration de son incompétence ! C'est pourtant le texte officiel et nous le donnons tel quel. On remarquera toutefois comment le législateur a coulé sa pensée dans le moule de l'article 292 de la Coutume de Paris dont on retrouve, au début du dispositif de la loi, les premiers mots (43). Il faisait ainsi le lien avec le droit antérieur et indiquait clairement la portée de la loi nouvelle : on pourrait dire que la loi de 1801 s'inscrit comme une véritable modification de l'article 292 de la Coutume de Paris, laquelle, ne l'oublions pas, continuait toujours d'être en vigueur. Voici le texte de la loi :

« ... Il est par le présent statué par l'autorité susdite, qu'il est et sera loisible à toutes personne ou personnes saines d'entendement et d'âge, usant de leurs droits, de léguer et disposer, par testament ou actes de dernière volonté, soit entre conjoints par mariage en faveur de l'un ou de l'autre des dits conjoints, soit en faveur de l'un ou plusieurs de leurs enfants à leur choix, ou en faveur de qui que ce soit, de tous et chacuns (*sic*) de leurs biens, meubles ou immeubles, quelque (*sic*) soit la tenure des dits immeubles, et soit qu'ils soient propres, acquêts ou conquêts, sans aucune réserve, restriction et limitation, nonobstant toutes loix, coutumes et usages à ce contraires. Pourvu néanmoins, que le testateur ou la testatrice, étant conjoint ou conjointe (*sic*) par mariage, ne pourra tester que de sa part des biens de sa communauté ou des biens qui lui appartiendront autrement, ni préjudicier par sont (*sic*) testament aux droits dû (*sic*) ou de la survivante ou au douaire coutumier ou préfix des enfans. Pourvu aussi, que le droit de tester, tel que dessus spécifié et déclaré, ne pourra être considéré s'étendre à donner pouvoir de léguer et donner par testament ou ordonnance

(43) N.C. art. 292 : « Toutes personnes saines d'entendement, âgées et usans de leurs droits. peuvent disposer par testament et ordonnance de dernière volonté, au profit de personne capable... »

de dernière volonté, en faveur d'aucune corporation ou autres gens de main morte, excepté dans le cas ou (*sic*) telle corporation ou gens de main morte auront la liberté d'accepter et recevoir suivant la Loi. »

Il est difficile de ne pas rapprocher ce texte de celui de l'Acte de Québec qui, sous sa concision et son apparente clarté, dissimulait des difficultés réelles d'interprétation, et dont l'application incertaine, pouvait préjudicier gravement aux intérêts des justiciables. Ici, par contre, le texte est explicite et conçu en fonction des institutions juridiques existantes : c'est certainement là son principal, sinon son seul mérite.

33. — La caractéristique de la loi de 1801 est qu'elle formule un principe général qui, tout comme l'article 292 de la Coutume de Paris, contient les règles essentielles concernant la liberté dont jouit un testateur vis-à-vis de son patrimoine. On y retrouve même, mais sous une forme moins ambiguë, tout ce que contenait l'article X de l'Acte de Québec : disparition de la distinction des biens en propres et acquêts en matière testamentaire, et abrogation de la réserve. Le texte de la loi est formel sur ce point : « Il est et sera loisible à toutes personne ou personnes... de léguer... tous et chacuns de leurs biens, meubles ou immeubles..., qu'ils soient propres, acquêts ou conquêts, sans aucune réserve, restriction et limitation... » Il n'est pas besoin d'y revenir. La seule innovation de la loi de 1801, mais elle est d'importance, est relative à la capacité de donner et recevoir par testament. On se souvient, en effet, que cette question échappait complètement à l'emprise de la loi précédente. Nous passerons donc en revue les diverses incapacités de l'Ancien droit qui ont disparu par suite de la nouvelle législation en les classant en deux groupes, comme la loi elle-même nous y invite : les incapacités frappant d'une part les membres de la famille légitime entre eux (§ 1) (« soit entre conjoints par mariage en faveur de l'un ou de l'autre, soit en faveur de l'un ou plusieurs de leurs enfants à leur choix »), d'autre part les *extranei* (§ 2) (« ou en faveur de qui que ce soit »).

§ 1. — Disparition des incapacités frappant les membres de la famille légitime.

34. — La prohibition de toute libéralité entre époux, tant entre vifs qu'à cause de mort, à l'exception du don mutuel, était portée par l'article 282 de la Coutume de Paris; et cette prohibition était fondée non seulement sur des considérations de morale conjugale,

mais également sur le souci de conserver les biens dans la famille. En autorisant expressément les legs entre conjoints (44), la loi de 1801 ne faisait en somme qu'accepter une autre des conséquences qui devaient découler de l'abrogation de la distinction des propres et des acquêts. Puisque on avait renoncé à empêcher les biens de sortir de la ligne dont ils provenaient, il n'était que logique d'effacer toutes les entraves imaginées par l'Ancien droit dans ce but. Mais comme aucune différence n'était établie entre les époux mariés en premières et en secondes noces, il faut conclure, de la généralité des termes de la loi, que l'édit des secondes noces (N.C. 279) ne conservait dorénavant que celles de ses dispositions interdisant les libéralités *entre vifs* par le veuf ou la veuve : ce que ces derniers ne pouvaient pas faire au moyen d'une donation devenait parfaitement licite s'ils recouraient au testament (45)... La jurisprudence n'a toutefois pas toujours aperçu cette nuance (46).

35. — Il est certainement regrettable que cette règle de l'Ancien droit n'ait pas subsisté, d'autant que son fondement était tout autre que celui de l'interdiction des libéralités entre époux, puisque l'édit ne visait qu'à protéger les enfants du premier lit. Mais le législateur a cru bon de supprimer même les mesures édictées dans l'intérêt des descendants du testateur. C'est ainsi que, si l'on pouvait encore douter, et avec quelque raison, de l'abrogation de la légitime par suite de l'Acte de Québec, ce doute était définitivement dissipé par la loi de 1801. A l'exception des douaires coutumiers ou préfix de l'époux survivant et des enfants, la liberté de tester ne connaît plus ni restriction ni limite. Or, l'action en retranchement des légitimaires aurait constitué à coup sûr une limite à cette liberté, si elle avait encore pu réduire et même annuler complètement les legs d'un *de cujus* (47). C'est pour cette raison que, dans la cause de *Quintin c. Girard* (48), en 1858, la cour d'appel débouta les demandeurs qui réclamaient à leurs frères et sœurs, seuls avantagés par le testament de leur mère, leur portion légitiminaire : « Si lorsqu'une personne a ainsi disposé par Testament de tous ses biens, l'un de ses enfants pouvait encore, à l'aide de quelques textes de la Coutume de Paris, limitatifs du droit de disposer, réclamer une détraction (*sic*) sur ces mêmes biens, soit à titre

(44) *Durocher v. Beaubien* (1828), 1 C.R.A.C. 1 (2-3).

(45) T.K. RAMSAY, *Notes sur la Coutume de Paris*, p. 65 ; BILLETTE, *op. cit.*, n° 132, pp. 89-90. *Pilon v. Malette* (1880), 5 R.C.S. 318 (353).

(46) *Perrier v. Palin* (1898), 14 C.S. 332 (336-37).

(47) *Pilon v. Malette*, *supra*.

(48) (1858), 2 L.C.J. 141 (150-151).

de légitime ou, à autre titre, le Statut de 1801, serait *nullifié* (sic), serait un *non-sens*. Au moyen de la diminution que ce droit de détraction (sic) aurait l'effet de produire, le testateur n'aurait pas pu de fait disposer de *tous* ses biens *sans réserve, restriction et limitation*. Néanmoins le statut lui en donne la faculté. Donc, toutes les lois antérieures, contraires à l'exercice de cette faculté, ont été abrogées par ce Statut. »

Cependant, comme pour les libéralités entre époux et comme pour les libéralités en secondes noces à l'égard desquelles continuait à subsister l'interdiction des donations, il était encore loisible aux légitimaires d'attaquer les donations entre vifs faites par leur ascendant (499). Mais on devine le peu d'intérêt pratique que pouvait présenter cette survivance fragmentaire des anciennes institutions, alors qu'il suffisait que le disposant eût recours à la technique du testament pour les réduire à néant.

Malgré le texte de l'article 303 de la Coutume de Paris interdisant aux père et mère d'« avantager leurs enfants venants à leurs successions l'un plus que l'autre », la Doctrine avait bientôt admis que le défunt pouvait écarter, dans une mesure assez large, ce principe d'égalité; de sorte qu'en autorisant les parents à léguer leurs biens « en faveur de l'un ou plusieurs de leurs enfants à leur choix », la loi de 1801 ne provoqua pas un bouleversement tellement considérable sur ce point (50). Ce qui apparaissait comme entièrement nouveau, c'était qu'on pût gratifier l'un ou quelques-uns de ses enfants seulement, en exhérédant les autres. Mais cette innovation était bien plutôt la conséquence de la disparition des droits reconnus à certains lignagers en raison de leur qualité d'héritiers du sang.

On peut donc dire que, par suite de la législation de 1801, le testateur était investi d'une liberté presque totale de répartir à sa mort ses biens — à l'exception de ceux spécialement affectés aux douaires de l'époux survivant et des enfants — comme bon lui semblait entre les membres de sa famille. Bien plus, cette liberté s'étendait même hors du cercle restreint de la famille légitime, car toutes les entraves coutumières étaient subitement levées.

(49) Quintin v. Girard (1857), 5 R.J.R.Q. 477 et (1858), 2 L.C.J. 141 ne font toutefois pas cette distinction.

(50) F.J. CUGNET, *Traité des Anciennes Loix de Propriété en Canada aujourd'hui Province de Québec*, p. 168 ; T.K. RAMSAY, *Notes sur la Coutume de Paris*, pp. 78-79. Durocher v. Beaubien, *supra*.

§ 2. — Disposition des incapacités frappant les « extranei ».

36. — Parmi les personnes ne faisant pas partie de la famille légitime du testateur, certaines étaient néanmoins exclues du bénéfice d'un legs en considération de la nature de leurs relations avec ce dernier. En frappant ces personnes d'une incapacité relative de recevoir, le droit coutumier ou les ordonnances avaient en vue soit le respect de règles de morale familiale ou sociale jugées impérieuses, soit plus généralement la sauvegarde de l'ordre public. On peut grouper ces personnes en quatre catégories : ce sont d'abord les concubins l'un à l'égard de l'autre, sauf pour des legs modiques destinés à réparer le tort causé, car, nous dit Pothier (51), « il serait contre les bonnes mœurs et l'honnêteté publique que ces personnes pussent recevoir par des donations la récompense de leur mauvais commerce ». Ce sont, en second lieu, les enfants naturels soit simples, soit adultérins ou incestueux qui n'étaient capables de recevoir les uns que des legs particuliers, les autres que des aliments. Les confesseurs, médecins et apothicaires qui avaient assisté le testateur dans sa dernière maladie; les notaires, le curé ou vicaire et les témoins qui avaient participé à la rédaction de son testament ne pouvaient non plus être institués légataires. Les mineurs enfin et les personnes en puissance ne pouvaient léguer à leur tuteur ou autre administrateur (52).

Toutes ces incapacités disparurent en 1801 (53), car la loi reconnaissait à quiconque la liberté de léguer ses biens « en faveur de qui que ce soit » et cette expression ne pouvait laisser aucun doute dans l'esprit des interprètes. Les tribunaux n'hésitèrent pas à envisager toutes les conséquences de ce changement; c'est ainsi que le Conseil privé résumait assez bien la situation nouvelle en affirmant : « ... This act would sanction a devise to any person, although previous to the passing of the Act such person was prohibited by the law of France from receiving the benefit of such devise, and we are to come to the conclusion upon this statute, that the incapacity of the guardian and the incapacity of other persons who stood in the same situation with the guardian, was by

(51) *Œuvres*, T. VII, « Traité des donations entre mari et femme », n° 31, p. 461. Cf. aussi : T. VIII, « Traité des donations testamentaires », n° 151, p. 267.

(52) Sur toutes ces questions, voir Olivier MARTIN, *op. cit.*, T. II, p. 505-6.

(53) *Harper v. Bilodeau* (1861), 9 R.J.R.Q. 409 (411).

the statute removed... » (54). Pourtant, ce que le Conseil privé ne dit pas, c'est si un testateur pouvait user de sa liberté jusqu'à dépouiller totalement sa famille légitime pour léguer son patrimoine à son concubin, ou à ses enfants adultérins par exemple. Certes ces personnes n'étaient plus incapables de recevoir par testament. Certes, la loi de 1801 spécifiait qu'il était loisible de disposer par testament en faveur de qui que ce soit « de tous et chacun » de ses biens — encore que cette expression pourrait être entendue comme signifiant tous les biens envisagés individuellement, *ut singuli*, c'est-à-dire sans en excepter en raison de leur origine ou de leur nature, ainsi que le texte le précise d'ailleurs immédiatement après. Mais les exigences des bonnes mœurs et de l'ordre public étaient-elles supprimées pour autant ? Et sinon, ne serait-ce pas enfreindre ces limitations que de faire si bon compte du devoir d'assistance des époux l'un à l'égard de l'autre et à l'égard de leurs enfants ? Nous n'apporterons pas ici de réponse à ce problème, nous réservant de l'analyser et de le discuter longuement plus loin, ainsi que les nombreuses questions connexes qu'il soulève. Mais il n'était peut-être pas inutile de l'évoquer dès maintenant car c'est par suite de la loi de 1801 qu'il se pose.

SECTION IV

LE CODE CIVIL DE 1866

37. — Les trois commissaires chargés de codifier les lois civiles en vigueur dans la province du Bas-Canada en prenant modèle, quant au plan et à la forme, sur le Code Napoléon, se trouvaient donc devant une situation assez chaotique, en ce qui concerne la liberté testamentaire. Tout d'abord, en effet, l'Acte de Québec qui, dans l'intention de ses auteurs, devait introduire le principe de la liberté testamentaire tel qu'appliqué en Angleterre, avait à peu près complètement manqué son but. Il n'est besoin, pour s'en convaincre que de lire le préambule de la loi de 1801 qui avoue expressément cet échec et fait état du désordre qui s'ensuivit. C'est

(54) Durocher *v.* Beaubien, *supra*, *vide*, p. 3 : « ... Cette loi valide un legs en faveur de quelque personne que ce soit, bien que, antérieurement à cette loi, cette personne ne pouvait, en vertu du droit français, bénéficier de ce legs ; et nous devons tirer de cette loi la conclusion que l'incapacité du tuteur et l'incapacité d'autres personnes qui se trouvaient dans la même situation que le tuteur ont été abrogées par cette loi... »

pourquoi la Législature provinciale intervint; et son intervention, il faut bien le reconnaître, atteignit la fin que le Parlement anglais avait poursuivie, mais sans succès. Et pourtant, encore que le principe de la liberté testamentaire se trouvât traduit, par des juristes de formation française, dans des termes de droit français — et c'est là l'immense supériorité de la loi de 1801 sur celle de 1774 — il était impossible que, comme le voulait le Conseil privé, « the law which introduced into the Colony the English law, as to wills, must be considered as having introduced it with all its incidents... » (55). Il était impossible qu'à défaut de disposition expresse à cet effet, la règle du droit anglais reçût, dans le droit québécois, une interprétation identique à celle qu'elle avait en Angleterre; que sa portée fût très exactement la même, alors que le contexte était différent.

38. — Une première remarque s'impose en effet qui, si l'on s'en était avisé plus tôt, aurait éliminé, pensons-nous, bien des controverses sur les répercussions que la réforme législative devait entraîner sur toute la matière des testaments et aurait peut-être même préservé la Doctrine et la jurisprudence d'adopter des positions dont on a tout lieu de croire, comme nous le verrons plus loin, qu'elles commencent à les regretter.

Ni l'Acte de Québec ni la loi de 1801 ne contiennent d'allusion, en ce qui concerne le fond du droit, au droit anglais. Ni le législateur impérial ni le législateur provincial n'ont jugé bon, pour atteindre le but qu'ils se proposaient, de nous dire — comme ils auraient cependant pu le faire — que désormais la liberté de tester au Canada serait la même qu'en Angleterre, toute loi et usage à ce contraires étant abrogés (56). Dans cette hypothèse, il aurait été légitime de concevoir que la loi anglaise sur les testaments ait été introduite « with all its incidents ». Mais à cette solution, le législateur, tant anglais que québécois, a préféré présenter sa réforme sous des dehors neutres, sous une apparence indépendante et autonome. Et le choix de cette technique n'est pas indifférent, même si personne n'ignorait d'où provenait l'inspiration, de quelle nationalité était le modèle : car de la sorte, ce qui, à l'origine, était un

(55) Migneault v. Malo (1872), 20 R.J.R.Q. 47 (78) : « La loi qui introduisit dans la colonie le droit anglais relatif aux testaments doit être considérée comme l'ayant introduit avec tout ce qui s'y rattache. »

(56) On trouve un exemple parfait de ce procédé technique dans la loi fédérale intitulée : Loi de divorce (Ontario), 1930, 20-21 Geo. V, ch. 14, dont l'article premier décrète : « La loi d'Angleterre sur la dissolution du mariage et sur l'annulation du mariage... sera la loi en vigueur dans la province d'Ontario. »

principe de droit anglais devenait, par l'effet même de la loi, *une règle de droit québécois*. La transplantation se fit en quelque sorte sous le couvert de l'anonymat, sans qu'on sût officiellement et sans qu'on eût à rechercher son origine. Peu importait désormais l'extension que pouvait recevoir la liberté de tester en Angleterre; le juriste québécois n'avait pas à en tenir compte. La liberté de tester était passée dans le droit québécois certes, mais avec l'exacte portée que lui donnaient les lois qui l'avaient introduite. On a même vu que la loi de 1801 pouvait, avec vraisemblance, être considérée comme un amendement de l'article 292 de la Coutume de Paris : c'est un argument additionnel en faveur de la « naturalisation » du principe nouveau.

La liberté testamentaire, telle qu'elle est définie par la loi, s'insérerait donc dans le corps d'un système juridique préexistant, dont il était par conséquent inévitable qu'elle subît l'influence. Dans ces conditions, affirmer, comme le firent le Conseil privé et la Cour suprême du Canada (57), qu'en matière de bonnes mœurs et d'ordre public « c'est le droit anglais qui doit nous régir », c'est aller au-delà de tout ce qu'autorise une saine logique juridique, car c'est méconnaître la valeur propre du procédé technique par lequel le législateur a choisi de faire pénétrer le principe de la liberté testamentaire dans le droit québécois. Ce qui nous semble au contraire résulter des observations que nous venons de faire, c'est bien plutôt que ce principe de liberté a, ou du moins devrait avoir, une physionomie originale résultant principalement des notions d'ordre public et de bonnes mœurs spécifiquement propres au droit civil québécois. Cette constatation, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, devait toutefois trouver tout naturellement place ici, car non seulement elle est intimement liée à la présente analyse historique, mais elle souligne encore un aspect de la question qui semble bien n'avoir pas échappé aux codificateurs, quoiqu'ils n'en fassent pas expressément mention dans leur rapport.

39. — Il faut remarquer, en second lieu — et ceci complète ce que nous venons de dire — que, même si les lois de 1774 et de 1801 ont eu pour effet de *naturaliser* le principe de la liberté testamentaire, elles n'en constituaient pas moins des mesures déroatoires au droit commun alors en vigueur; et c'est pourquoi il convenait qu'on les interprêtât de façon restrictive. L'on peut dire qu'en général la jurisprudence ne méconnut pas cette règle dans l'appréciation qu'elle formula relativement à la portée abrogatoire

(57) Voir *supra*, n^{os} 8 à 10.

des deux lois. Si l'on excepte, en effet, certaines tentatives infructueuses ou tout simplement dépourvues de signification pratique de la part du Conseil privé (58), les tribunaux canadiens ont toujours maintenu que seules devaient être considérées comme abrogées les institutions strictement incompatibles avec les termes de la loi. C'est ce qui fait d'ailleurs l'aspect bizarre que présentait le droit civil québécois, au cours de la période qui s'étend de 1801 à 1866. Toutes les règles de l'Ancien droit, établies en vue de la protection de la famille, conservaient leur pleine efficacité en l'absence de testament valable, et continuaient à subsister dans tous les cas pour ce qui concernait les libéralités entre vifs. Une telle situation ne pouvait manquer d'attirer l'attention des codificateurs.

40. — Et de fait, leur œuvre est caractérisée essentiellement par le désir d'uniformiser la matière des testaments et celle des donations entre vifs. Mais l'on ne doit pas non plus passer sous silence la formule par laquelle ils traduisirent le principe de la liberté testamentaire dans l'article 831 du Code du Québec; elle appelle, en effet, deux observations nouvelles.

Notre première remarque (n° 38) à propos du procédé technique des lois de 1774 et de 1801 nous avait conduit à souligner que les notions spécifiquement québécoises de bonnes mœurs et d'ordre public continuaient à tempérer, à notre avis, le principe de la liberté testamentaire, en dépit de l'extension que ce principe pouvait recevoir en Angleterre. Or, les codificateurs ont non seulement conservé au principe son autonomie en s'abstenant de toute référence à la loi anglaise, mais ils ont jugé bon de rappeler de façon expresse ce que les lois antérieures ne contenaient qu'implicitement, c'est-à-dire les limites résultant de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Il est également intéressant de noter que, malgré l'opinion des codificateurs affirmant que l'article 831 du Code du Québec a été rédigé « dans les termes du statut provincial de 1801 » (59), l'influence de la loi de 1774 s'est aussi fait sentir. Comme dans cette dernière loi, en effet, les premiers mots de l'article établissent un parallèle entre la capacité de disposer entre vifs et par testament, la seconde étant fonction de la première : « Tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut en disposer librement par testament... » Mais de toutes les difficultés suscitées par cette formule en 1774, aucune ne subsistait plus en 1866, d'une part parce

(58) Voir *supra*, n° 29.

(59) DE LORIMER, *op. cit.*, vol. VI, p. 263.

que les codificateurs avaient pris soin de compléter la réforme de la capacité de donner; et d'autre part parce que, en permettant de léguer ses biens en faveur de « toute... personne capable d'acquiescer et de posséder », l'article 831 du Code du Québec séparait la matière des donations et celle des testaments par une cloison étanche. Par ce dernier procédé, qui était celui de la loi de 1801, les codificateurs furent affranchis des inconvénients du parallélisme de la loi de 1774, et purent ainsi maintenir la capacité de donner entre vifs dans de justes limites sans attenter du même coup à la liberté de tester.

41. — C'est ainsi que les époux, capables de s'avantager par testament, ne le peuvent toujours pas entre vifs (art. 770 et 1265 du Code du Québec). Et les mêmes restrictions subsistent, mais « dans l'intérêt des bonnes mœurs » cette fois, nous disent les codificateurs (60), pour les concubins entre eux et à l'égard de leurs enfants incestueux et adultérins (art. 768 du Code du Québec); l'incapacité des enfants naturels simples fut, en revanche, levée. Les tuteurs, curateurs et autres administrateurs peuvent être institués légataires par leur pupille ou personne sous leur puissance, mais non donataires avant leur reddition de compte (art. 767 du Code du Québec). Dans ces divers cas, la méfiance de l'Ancien droit parut justifiée et ses règles passèrent au Code civil à peu près intégralement.

En revanche, comme les prêtres, les ministres du culte, les médecins et les avocats n'étaient plus, depuis 1801, frappés d'une incapacité de recevoir par testament de la part de la personne qu'ils avaient assistée de quelque façon dans sa dernière maladie (art. 839 du Code du Québec), le Code civil les habilita à recevoir également des donations entre vifs, sauf preuve de suggestion ou captation (art. 769 du Code du Québec). Quant à l'incapacité des notaires ayant reçu le testament du défunt et à celle des témoins y ayant comparu, incapacités que la généralité des termes de la loi de 1801 devait faire considérer comme abrogées, elles furent rétablies par les articles 846 et 853 du Code du Québec tant pour le testament fait en forme authentique que pour celui qui est fait suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre. C'est toutefois là le seul point sur lequel le Code civil se montra plus sévère que la législation antérieure.

L'illogisme qui résultait de ce que la légitime et les prohibitions de l'édit des secondes nocces continuaient à subsister quant aux

(60) *Ibid.*, p. 265.

donations entre vifs disparut également. Depuis l'introduction de la liberté de tester, ces mesures protectrices ne conservaient plus de raison d'être, d'autant qu'il n'était que de recourir au testament pour les éluder. L'article 775 du Code du Québec, d'une part, déclare que : « Les enfants ne peuvent réclamer aucune portion légitimaire à cause des donations entre vifs faites par le défunt. » L'article 764 du Code du Québec, d'autre part, abolit « les prohibitions et restrictions des donations et avantages par un futur conjoint dans le cas de secondes noces ». Ces deux dispositions, présentées comme étant de droit nouveau, confirment par cela même notre jugement sur l'effet abrogatoire de la loi de 1801 (*supra*, n^{os} 34 et 35).

Enfin, une dernière mesure compléta l'œuvre d'uniformisation que s'étaient assignée les codificateurs : la suppression de la distinction des biens en propres et acquêts dans les successions *ab intestat*. C'est l'article 599 du Code du Québec : « La loi ne considère ni l'origine, ni la nature des biens pour en régler la succession. Tout ensemble ils ne forment qu'une seule et unique hérédité qui se transmet et se partage d'après les mêmes règles, ou suivant qu'en a ordonné le propriétaire. »

Expliquant les raisons qui les ont amenés à proposer leurs réformes, les commissaires écrivaient dans leur rapport (61) : «... Les restrictions à la liberté de donner entre vifs... ne sont plus qu'une anomalie embarrassante, quoiqu'elles soient bien circonscrites. Ces restrictions, opposées au principe qui régit les testaments, se rapportent d'ailleurs à un autre état de choses, et à un ordre d'idées sociales et légales que la législation tend sans cesse à reléguer dans l'histoire du passé. Les commissaires ont voulu parler surtout de la réserve de la légitime en faveur des enfants, des peines de secondes noces, et de certaines incapacités personnelles présumées de la loi seule. Ils ont proposé d'assimiler presque en entier à ces divers égards la matière des donations à celle des testaments, en introduisant dans la première le principe de liberté qui régit la seconde. »

42. — Après trois interventions législatives successives, après un siècle d'évolution jurisprudentielle, ce principe de liberté est-il bien, comme le disait le Conseil privé (62), un « absolute power (given) to a testator to deal as he like(s) with his property, wholly regardless of any moral or natural claims upon him » ? Nous

(61) *Ibid.*, pp. 245-246.

(62) *King v. Tunstall* (1874), 2 R.J.R.Q. 174 (206).

savons déjà, pour avoir analysé la position de la jurisprudence dans la période qui a suivi la promulgation du Code civil, qu'on pourrait souscrire sans trop de réserves à cette affirmation du Conseil privé. Pourtant, si elle reflète de façon assez exacte l'état du droit *de facto*, elle ne nous paraît pas à l'abri de toute critique. La recherche historique sur l'introduction de la liberté de tester, à laquelle nous venons de nous livrer, nous a laissé entrevoir quelques-unes des faiblesses de l'interprétation traditionnelle. Mais avant d'entreprendre la discussion de cette interprétation, il reste à examiner un dernier aspect de la question qui, tout en complétant la description de la situation juridique présente, montrera l'actualité du problème qui fait l'objet de notre étude et les raisons qui peuvent nous justifier de le soulever à nouveau, après non loin d'un siècle de paisible, sinon insouciant unanimité. Nous aurons ainsi achevé la tâche préliminaire qu'il nous fallait remplir.

CHAPITRE III

LE CONTEXTE SOCIAL ET LA LIBERTE TESTAMENTAIRE

43. --- En exposant l'interprétation de l'article 831 du Code du Québec à laquelle se sont arrêtées la Doctrine et la jurisprudence, nous avons vu les arguments strictement juridiques — arguments de texte ou de logique juridique — qu'on a fait valoir pour la justifier. Nul n'ignore cependant que les véritables motifs des arrêts, ceux qui ont sur l'esprit des juges une influence décisive, sont souvent ceux qui n'apparaissent pas aux jugements. C'est ainsi que le droit peut servir de vêtement à l'équité; c'est ainsi également qu'il peut, sans modification formelle, s'adapter aux conditions sans cesse changeantes d'un milieu donné. Il ne vient à l'idée de personne de reprocher cette attitude à ceux qui ont charge de rendre la justice, car la justice en est précisément la première gagnante.

Or, comme le remarquait un auteur québécois (1), « il n'est peut-être pas d'institution qui reflète avec plus de fidélité l'état économique et politique d'un pays que le droit de succession, qu'il s'agisse de la succession *ab intestat* ou de la succession testamentaire ». Et nous ajouterons, en considérant la question du point de vue inverse, qu'il n'est peut-être pas de domaine où les motifs

(1) BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1085.

extra-juridiques, et tout particulièrement le contexte social, doivent être davantage déterminants que celui des successions testamentaires : il touche, en effet, à la fois à la conception que l'on se fait du droit de propriété, à l'organisation de la famille et à la notion de morale. L'importance de ces divers éléments est d'autant plus grande que le testateur jouit d'une liberté plus étendue de disposer de ses biens suivant sa volonté; et les incidences réciproques de la situation sociale et des solutions jurisprudentielles n'en sont, de ce fait, qu'accrues. C'est pourquoi le juge ne peut, sans faillir à sa responsabilité sociale, négliger de prendre ces éléments en considération, car il a le devoir — dans la mesure où les textes légaux le lui permettent — de conformer ses décisions aux exigences de l'ordre public interne.

44. — Ce sont ces éléments que nous nous proposons maintenant d'analyser et nous verrons que, s'ils apportent à l'interprétation traditionnelle une certaine justification, ils mettent également en lumière la nécessité d'une orientation nouvelle.

SECTION I

LE CONTEXTE SOCIAL ET L'INTERPRÉTATION TRADITIONNELLE

45. — En premier lieu, le contexte dans lequel s'est développée l'interprétation traditionnelle que nous connaissons justifie, disions-nous, l'orientation qu'ont prise la jurisprudence et la Doctrine. Sous l'influence du Conseil privé d'abord, au XIX^e siècle, puis de la Cour suprême du Canada dans les premières années du XX^e siècle, on en vint à admettre, pour caractériser le principe de la liberté testamentaire, des formules extrêmement larges et libérales. La jurisprudence, qui a normalement le souci d'entourer ses décisions de réserves prudentes, de façon à ne pas fournir aux commentateurs matière à des généralisations hâtives dont elle aurait par la suite à se repentir, a fait preuve en matière de liberté testamentaire de bien peu de précaution, on l'a vu (n^o 11). Or, se contenter, pour expliquer cette attitude, de ne rechercher que le mécanisme juridique par lequel elle y est parvenue, c'est, à notre avis, n'expliquer qu'à demi; car il nous semble exister un facteur non négligeable qui a pu inciter la jurisprudence à retenir finalement les formules extrêmement libérales que nous connais-

sons sur la liberté testamentaire; et ce facteur, c'est le contexte de la société québécoise.

Le peuple canadien français fut, en effet, par suite de la conquête par une nation de langue anglaise et de tradition protestante, rejeté immédiatement vers la défensive. Graduellement, l'afflux d'immigrants britanniques lui apparut comme une menace grave à son intégrité et provoqua un réflexe de repliement qui arrêta presque son évolution : il fallait à tout prix *conserver*. C'est ce qui explique, pour une bonne part, que les structures de la société canadienne n'aient subi que de légers changements depuis la fin du régime français jusqu'au milieu du xx^e siècle.

Au point de vue religieux d'abord, le Canadien français est traditionnellement catholique. En 1951, sur une population totale d'un peu plus de quatre millions d'habitants dont 3.327.128 de langue française, la province de Québec comptait 3.563.951 catholiques, soit un peu plus de 85,4 %.

D'autre part, le Code civil de 1866 ne contenait aucune disposition concernant le divorce. Or, l'année suivante, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique devait, dans son article 91, accorder juridiction sur le mariage et le divorce au Parlement fédéral. Celui-ci toutefois, face à une opinion publique qui lui eût été hostile, s'abstint d'adopter une loi modifiant le Code civil du Québec pour faire du divorce une cause de dissolution du mariage. La situation à cet égard est ainsi demeurée inchangée depuis 1866. La seule procédure par laquelle il soit possible d'obtenir un divorce pour des époux soumis au droit civil québécois, est de s'adresser par « bill privé » au Parlement du Canada qui, après enquête, peut décider d'accorder le divorce; la décision est alors entérinée par une loi. Mais le divorce législatif, étant à la fois une procédure coûteuse et d'accès difficile, demeure une procédure d'exception. De 1918 à 1927, le nombre de divorces prononcés chaque année ne dépassa jamais 13; de 1928 à 1937, il varia entre 24 et 43; de 1938 à 1942, entre 48 et 83 (2). Pour une population qui, en 1941, atteignait presque les trois millions et demi d'habitants, on conviendra que c'est relativement peu.

Une société où la religion exerce une immense influence et dont les membres obéissent en fait aux impératifs de la morale catholique; une société dont, par surcroît, le droit est en accord presque complet avec la conception religieuse du mariage ne pouvait que maintenir, on le devine, une cohésion familiale

(2) Statistique de l'état civil, 1956, Bureau fédéral de la statistique, Ottawa, 1957, tableau 47, p. 208.

extrêmement puissante. Mais le jeu de ces deux facteurs était en étroite dépendance d'un troisième : la structure des classes sociales.

46. — La population québécoise est, en effet, longtemps demeurée en majorité rurale. En 1901, le pourcentage de la population urbaine était de 39,6 %; en 1911, il s'élevait à 48 %; en 1921, il passait à 56 % pour atteindre, en 1931 et 1941, à peine plus de 63 % (3). La formation lente d'agglomérations urbaines industrialisées s'explique en partie par le fait que le clergé essaya longtemps de freiner l'exil vers les villes, cet exil apparaissant à ses yeux comme une menace aussi bien pour la foi que pour les mœurs. Or, tant que pouvait subsister l'ancienne conception de la famille, tant que les individus vivaient à l'intérieur de communautés restreintes où les pressions sociales constituent un élément modérateur d'importance non négligeable, les abus auxquels aurait pu donner lieu le principe de la liberté testamentaire tel qu'interprété alors n'étaient pas à craindre.

46 bis. — Au surplus, le droit n'offrait-il pas lui-même aux membres de la famille légitime des mesures additionnelles de protection ? En faveur de l'épouse tout d'abord ou de ses héritiers, cette protection avait nom la communauté; en faveur des enfants ensuite : le douaire coutumier. Longtemps, en effet, la communauté de biens est apparue comme un régime matrimonial éminemment adapté aux conditions de vie des citoyens de la province et présentant pour les époux toute la sécurité désirable pour l'avenir. Dans les villes, où l'on pouvait sans difficulté recourir aux services d'un notaire, il n'était pas rare de voir les futurs époux opter pour la communauté légale ou conventionnelle; tandis que, dans les milieux ruraux, il était de pratique courante de se marier sans dresser de contrat de mariage. Le régime de droit commun n'était alors l'objet d'aucun discrédit, bien au contraire. L'article 1260 du Code du Québec n'avait véritablement rien d'une fiction légale, qui déclarait que : « A défaut de convention ou en l'absence de stipulations contraires, les époux *sont présumés vouloir se soumettre aux lois et coutumes générales du pays, et notamment qu'il y ait entre eux communauté légale de biens et douaire coutumier ou légal en faveur de la femme et des enfants à naître* ».

(3) Neuvième recensement, 1951, vol. I, Bureau fédéral de la statistique, Ottawa, tableau 13. La population rurale et urbaine se répartissait respectivement comme suit : en 1901, 994.833 ruraux contre 654.065 urbains ; en 1911, 1.038.934 contre 966.842 ; en 1921, 1.037.941 contre 1.322.569 ; en 1931, 1.061.056 contre 1.813.606 ; enfin en 1941, 1.222.198 contre 2.109.684.

Longtemps le régime de droit commun est demeuré également celui de l'immense majorité des ménages. Aussi, lors de la dissolution du mariage, le conjoint survivant ne risquait-il pas de se voir subitement réduit à la misère parce que le devoir réciproque d'assistance des époux avait brusquement pris fin par la mort de l'un d'eux et que l'époux prédécédé avait usé inconsidérément du pouvoir de léguer ses biens à sa guise. Il restait toujours pour le bénéfice des membres survivants de la famille légitime, l'assurance de pouvoir jouir d'une portion du patrimoine qu'ensemble ils avaient travaillé à édifier : les biens communs.

Quant aux biens propres du mari, ils échappaient eux aussi, en partie, au pouvoir d'aliénation à cause de mort conféré par la loi de 1801 à leur propriétaire. La moitié des immeubles propres du mari — qui constituent l'assiette du douaire — se voyaient en effet, dès la conclusion du mariage, assigner une finalité particulière : celle d'assurer la subsistance de l'épouse, au cas de prédécès du mari, tout en conservant ces biens propres dans la famille. Cela ressort clairement du procédé technique utilisé : à la femme survivante l'usufruit de ces immeubles propres; aux enfants la nue-propriété.

Par la volonté du législateur impérial, on avait assisté à la disparition, entre 1774 et 1801, de la quasi-totalité des mesures de protection du droit coutumier en faveur des membres de la famille légitime. A cette attaque *sur le plan du droit*, on a répondu, *sur le plan des institutions sociales*, par un attachement à tout ce qui pouvait préserver la conception familiale traditionnelle.

On comprend dès lors le jugement porté par M. Frank Scott, en 1934 : « From the sociological point of view, however, the fact of great significance is that this rule (absolute freedom of willing) has apparently in no way weakened the family structure in Quebec. Despite the absence of the « quotité disponible » from our law of successions the family system seems as firmly rooted in the Quebec of 1934 as it was in the France of Jacques Cartier's time. » (4) Et de son côté, M. Baudouin écrivait : « Sans doute, le principe de la liberté individuelle est-il plus poussé théoriquement dans la province de Québec (qu'en France), mais il faut

(4) « The law of successions in the Quebec and in the French civil codes », dans *Journées du droit civil français*, p. 178 : « Du point de vue sociologique cependant, un fait hautement significatif est que cette règle (liberté absolue de tester) n'a apparemment affaibli en aucune façon la structure de la famille, dans le Québec. Malgré l'absence de la « quotité disponible » dans notre droit successoral, le système familial semble aussi fermement enraciné dans le Québec de 1934 qu'il l'était dans la France du temps de Jacques Cartier. »

savoir que les mœurs tempèrent en fait ce qu'il pourrait avoir d'excessif, si bien que pratiquement ce sont des solutions assez voisines qui prédominent dans les deux pays à quelques nuances près » (5).

47. — Ces affirmations, surprenantes si on les met en parallèle avec celles de la jurisprudence, ne sont plus de nature à nous étonner quand on connaît le contexte social québécois dont nous venons d'esquisser les traits généraux. La reconnaissance jurisprudentielle d'un principe de liberté testamentaire apparemment illimitée prend alors figure d'une déclaration toute platonique. Ce qu'elle aurait pu contenir de dangereux pour l'ordre social était pratiquement annihilé par la survivance *de facto* du système de la réserve héréditaire. La liberté testamentaire était théoriquement absolue; en pratique, on s'abstenait d'en user. Que, dans ces conditions, les derniers mots de l'article 831 du Code du Québec relatifs aux dispositions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs aient passé, pour ainsi dire, inaperçus, on le comprend. Pour qu'on eût songé à leur attribuer un sens et une portée définis, encore aurait-il fallu que les circonstances y fussent favorables. Or aucune situation vraiment abusive ne venait attirer sur eux l'attention. Avant 1945, les recueils de jurisprudence ne rapportent qu'un seul cas d'un testament fait en faveur d'un concubin; et la Cour l'annula en invoquant l'absence d'intention libérale et l'intervention, dans la confection du testament, de la personne avantagée... (6).

SECTION II

LE CONTEXTE SOCIAL ET L'INTERPRÉTATION NOUVELLE

48. — Or, voici qu'à partir de 1945 apparaissent soudainement en jurisprudence des litiges en annulation de testaments qui instituaient une concubine légataire universelle du *de cujus* et déshéritaient totalement la famille légitime de celui-ci. Dans la seule période qui va de 1945 à 1956, nous en avons relevé six

(5) BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1088.

(6) Pouliot *v.* Leclerc (1913), 43 C.S. 512.

exemples (7), alors que toute la période antérieure depuis le Code n'en fournissait qu'un seul. Comment interpréter ce phénomène subit, sinon comme une manifestation d'un relâchement de la cohésion familiale ? La structure de la société québécoise a, en effet, été profondément bouleversée par les événements de la seconde guerre mondiale : séparation prolongée des époux, travail de la femme hors du foyer, exode rural provoqué par l'attrait de salaires élevés dans les industries de guerre, etc. Pendant que le pourcentage de la population urbaine du Québec continuait à s'élever, passant de 63 % qu'elle était en 1941 à 70 % en 1956 (8), la population de la seule région métropolitaine de Montréal s'accroissait de 22 % entre 1941 et 1951 (10 % pour la ville elle-même, 35 % pour ses banlieues) (9) et réunissait alors 34 % des habitants de la province.

A côté de ce gonflement des villes — dont on sait les répercussions sur le plan familial — les statistiques relatives au nombre de divorces législatifs viennent confirmer encore notre diagnostic sur la disparition progressive de la conception traditionnelle de la famille. Alors que, de 1938 à 1942, le Parlement canadien n'avait accordé en moyenne chaque année, que 63 demandes de divorce, leur nombre varia, de 1943 à 1947, entre 90 et 348. Dans les cinq années suivantes, il n'y en eut jamais moins de 234, et jusqu'à 350. En 1955 enfin, ce nombre devait atteindre 396 (10). Or, il n'est pas sans intérêt de remarquer que, sur un total de 2.693 personnes qui ont déclaré avoir l'état civil de divorcés dans la province (11) en 1951, 1.977 habitaient l'île de Montréal, et 2.022 la région métropolitaine (12). Et, parallèlement à cette multiplication du nombre des divorces, il faut noter également

(7) Guérin v. Archambault, Cour supérieure, Montréal, 17 septembre 1945, n° 227.732 ; et Banc de la Reine, Montréal, 28 avril 1948 n° 2974 ; Trasciati v. Roncarelli (1946), C.S. 443 ; H. v. T., (1949), C.S. 281 ; Vaudrenil v. Falardeau (1950), R.P. 193 ; Crête v. Fortin, Cour supérieure, Montréal, 18 février 1954, n° 340.955 et Banc de la Reine, Montréal n° 5393 ; Drouin v. Dumoulin, Cour supérieure, Montréal, 22 août 1955. n° 334.697.

(8) Soit 1.326.883 ruraux contre 2.728.798 urbains, en 1951 ; et 1.387.540 ruraux en 1956 contre 3.240.838 urbains.

(9) VEYRET, *La Population du Canada*, p. 146.

(10) Statistique de l'état civil 1956, tableau 47, p. 208.

(11) En 1941, on n'en comptait que 1146.

(12) Soit, pour l'île de Montréal un taux de 149.7 personnes divorcées par 100.000 habitants. En 1951, 75 % des personnes qui ont déclaré avoir l'état civil de divorcés dans le Québec habitaient la région métropolitaine ; et en 1956, ce pourcentage s'élevait à 76,5 %, soit 2.252 personnes sur un total de 2.946 pour la province. Ces statistiques sont extraites du Neuvième recensement du Canada, 1951, vol. I, tableaux 27, 28 et 30 ; et du Recensement du Canada 1956, bulletin 111, Population, Etat matrimonial tableaux 23 et 27.

l'accroissement de celui des « faux ménages » qui atteignait, en 1952, 40.000 dans la seule région métropolitaine.

48 bis. — Cette dégradation rapide de la cohésion familiale traditionnelle n'était-elle pas rendue plus sensible par l'écroulement graduel et successif de ce qui avait servi, pendant quelque temps, à tenir en échec le principe de la liberté testamentaire (n° 46 bis) ?

Le douaire coutumier, en effet, est d'abord rapidement tombé en défaveur. Les codificateurs le constatent dès 1864 (13) et voient là le motif qui justifie l'ordonnance de 1841 (14) qui a permis à la femme de renoncer à son droit sur les immeubles que le mari vend, aliène ou hypothèque (art. 1444 du Code du Québec) sans qu'il y ait lieu à indemnité. Toutefois, cette défaveur n'était pas alors si entière qu'on pourrait le penser, puisque ce sont, nous disent encore les codificateurs, les « usages et... notions invétérées du peuple » qui les ont empêchés de suggérer l'abolition pure et simple du douaire coutumier, à l'exemple du Code civil français (15). Cette abolition est aujourd'hui unanimement réclamée, car le douaire coutumier n'apparaît plus, selon le mot d'un notaire (16), que comme un « survivant, à la physionomie étrange, d'un monde disparu ». Aussi, depuis plusieurs années déjà, n'est-il pas un contrat de mariage qui ne prenne le soin de l'exclure formellement (17).

De plus, si le régime de communauté demeure encore, à l'heure actuelle, le régime matrimonial de droit commun dans le Québec, il a cessé toutefois d'être celui adopté par le plus grand nombre des ménages qui lui préfèrent maintenant d'emblée le régime de la séparation de biens. Jusqu'à ces dernières années, on a cru découvrir dans ce régime séparatiste la clef de toutes les difficultés, le remède à tous les maux, la simplification de toutes les relations pécuniaires entre les époux; et cela, au point que, constatait-on encore récemment (18), « dans l'esprit populaire, qui

(13) Cinquième rapport des codificateurs, janvier 1864, p. cxxxvi.

(14) Ordonnance, 4 Vict., ch. 30, art. 35; amendé par 8 Vict., ch. 27, art. 3 et 4; et 16 Vict., ch. 206, art. 9.

(15) Sixième rapport des codificateurs, 1^{er} juillet 1864 pp. LXI et LXIII.

(16) Armand LAVALLÉE, « L'abolition du douaire », R. du D., T. VII, 1928-29, p. 78.

(17) Armand LAVALLÉE, *op. cit.*, pp. 77-78; Rapport de M. Jean TURGEON, *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, T. VII, 1952, p. 149; et discussion, pp. 51-52.

(18) Gaetan VALOIS, « Le Problème du contrat de mariage », R. du N., T. 51, 1948-49, p. 539.

dit contrat de mariage, dit séparation de biens » : les notaires peuvent en témoigner, car c'est quotidiennement qu'ils doivent se heurter à ce préjugé.

Ce discrédit dont souffre la communauté de biens n'est d'ailleurs pas nouveau. Il est apparu au cours de la première décennie de notre siècle, au moment où se produisait le renversement de la proportion de la population rurale par rapport à la population urbaine. Déjà, en 1914, le notaire Pérodeau, présentant au Conseil législatif le projet de loi qui porte son nom (19), déclarait : « On constate que la tendance générale, excepté à la campagne, est de se marier en séparation de biens, et que la stipulation de la communauté de biens devient l'exception lorsqu'il y a un contrat de mariage » (20). Cette désaffection n'a fait que s'amplifier depuis lors, — on en a de nombreux témoignages (21) — et il n'est plus que les milieux foncièrement ruraux qui soient restés fidèles au régime matrimonial de droit commun.

49. — Ces divers éléments réunis, s'ils n'autorisent pas à porter un jugement définitif et nuancé auquel seule une enquête sociologique pourrait conduire, sont toutefois suffisamment significatifs pour permettre de discerner un phénomène récent de désagrégation de la cohésion familiale qui existait dans le Québec, il y a à peine un quart de siècle. Il ne serait peut-être même pas tellement exagéré d'affirmer, en reprenant le jugement de M. Frank Scott que nous rappelions plus haut, que le Québec de 1959 est plus différent, quant à l'aspect qui nous intéresse ici, de celui de 1934 que n'était ce dernier de la France du temps de Jacques Cartier.

Si l'on continue d'affirmer que le testateur jouit d'un pouvoir absolu « to deal as he like(s) with his property, wholly regardless of any moral or natural claims upon him » (22); que, « in view of the complete liberty of willing which exists in this Province, there is nothing to prevent a man from disinheriting his wife and family in favour of his concubine » (23), ne voit-on

(19) Ce sont maintenant les articles 624 a, 624 b et 624 c du Code civil québécois.

(20) Discours du promoteur du bill, rapporté dans R. du N., T. 16, 1913-14, p. 214.

(21) Voir entre autres : Paul PAQUETTE, « De la loi Pérodeau », R. du N., T. 22, 1919-20, p. 28 ; Gaetan VALOIS, « Contrat de mariage à régimes alternatifs », R. du N., T. 51, 1948-49, p. 60.

(22) King v. Tunstall (1874), 22 R.J.R.Q. 174 (206).

(23) Archambault v. Guérin, Banc de la Reine, Montréal, 28 avril 1948, n° 2974.

pas que le droit, loin de prêter main-forte à la morale comme il en a souvent l'ambition, se fera le défenseur et le soutien de volontés qui portent gravement atteinte non seulement à la famille, mais au delà à l'ordre social lui-même ? Ce qui n'était, il y a quinze ans, qu'une affirmation sans portée effective est devenu, par suite de l'évolution du contexte social, une attitude dangereuse que les tribunaux ont le devoir de prendre en considération. Ils n'y ont d'ailleurs pas manqué totalement et l'on peut, à certains signes, discerner le malaise qu'ils éprouvent à appliquer maintenant dans toutes ses conséquences le principe qu'ils avaient autrefois énoncé.

Dans la cause de *Guérin c. Archambault* (24), la demanderesse poursuivait l'annulation du testament de son mari instituant légataire universelle la personne avec qui il avait, pendant plus de vingt ans, vécu en concubinage. La Cour supérieure accueillit l'action, mais en invoquant la captation frauduleuse dont s'était rendue coupable la concubine et les irrégularités commises par le notaire qui avait procédé à la confection du testament. Elle adoptait donc exactement la position qui avait servi, en 1913, à annuler un testament de cette nature (25). Elle allait même jusqu'à affirmer — ce qui montre combien l'interprétation traditionnelle pesait lourdement : « La loi reconnaît comme valides les libéralités faites à un concubinaire. C'est à celui qui attaque l'acte incriminé d'établir que l'héritier a usé de captation frauduleuse. » On reconnaît là très exactement la position adoptée par Mignault, en 1899, lorsqu'il écrivait : « Il restera, bien entendu, à vérifier, surtout dans le cas de legs entre concubinaires (*sic*), si le testament n'est pas atteint du vice de la suggestion ou de la captation » (26). Mais la cour d'appel, jugeant de la preuve dans un sens entièrement différent, renversa la décision du tribunal de première instance. Si ce dernier a réellement obéi aux exigences des bonnes mœurs ou de l'ordre public, il a eu bien tort de ne pas s'attaquer de front au problème. En recherchant une solution détournée, il a peut-être trouvé une solution équitable, mais qui n'a pas fait avancer la question d'un pas.

50. — Le juge Fabre-Surveyer l'a bien compris, qui, en 1950, a rejeté une inscription en droit totale formée à l'encontre d'une autre action en annulation d'un testament qui déshéritait totalement une épouse au bénéfice de la concubine du testateur. « Consi-

(24) Cour supérieure, Montréal, 17 septembre 1945, n° 227.732.

(25) Pouliot *v.* Leclerc (1913), 43 C.S. 512.

(26) *Op. cit.*, T. IV, p. 259.

dérant, déclare le jugement (27), que l'art. 831 du c. civ... n'est pas... donné comme droit nouveau, sauf en tant qu'il consacre la liberté illimitée de tester introduite en 1774 et 1801; qu'il donne comme exception à cette liberté « sauf les prohibitions, restrictions et autres causes de nullité contenues dans ce code », (ce qui couvre les morts civils et le gens de mainmorte) et les dispositions ou conditions (non contenues en ce code) contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; considérant qu'un legs universel fait à une concubine au détriment d'une épouse légitime, est manifestement contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs; considérant que l'inscription en droit de la défenderesse est mal fondée; rejette... » Pour la première fois, le problème était posé en termes exacts et c'est à l'examiner dans ses véritables dimensions que nous allons nous employer dans les chapitres suivants. Il faut toutefois souligner que la décision précédente est demeurée jusqu'à ce jour isolée, malgré la faveur qu'elle a rencontrée dans la Doctrine où elle a entraîné quelques adhésions (28), mais nulle opposition.

Pourtant, dans une cause analogue à la précédente, le juge Perrier revint à la position traditionnelle, mais en s'abstenant de motiver son jugement autrement que de la façon laconique suivante que nous nous retiendrons de commenter : « Malgré tout le respect que j'ai pour l'opinion de l'honorable juge Surveyer... il me semble plus juridique de m'incliner devant la jurisprudence » (29). La cour d'appel se contenta de confirmer le jugement sans rien ajouter (30).

Le moyen détourné qui consiste à rechercher la preuve de la captation frauduleuse nous semble un faux-fuyant qui n'est pas au surplus susceptible d'application générale. L'interprétation traditionnelle se révèle par ailleurs inadaptée au contexte social actuel et aboutit à consacrer bien souvent des situations que l'on s'accorde à reconnaître comme immorales et contraires à l'ordre public interne. Point n'est besoin cependant, à notre avis, de recommander une intervention législative : les dispositions actuel-

(27) *Vaudreuil v. Falardeau* (1950), R.P. 193 (194-95).

(28) Outre l'article du juge FABRE-SURVEYER, « Un cas d'ingérence des lois anglaises dans notre Code civil », R. du B., T. XIII, 1953, p. 245, article consécutif à la décision qu'il avait rendue, voir : G. WASSERMAN, « Wills Freedom of willing in Quebec », *Can. Bar Rev.*, T. XXX, 1952, p. 189 ; *id.*, « Article 831 C.C. : The Problem of Amendment », *McGill Law Journal*, T. II, 1955, pp. 23-31 ; et à un autre point de vue : J. TURGEON, « Rétablissement de la légitime sous une forme moderne », R. du B., T. XV, 195, p. 204.

(29) *Crête v. Fortin*. Cour supérieure Montréal, 18 février 1954, n° 340.955.

(30) *Banc de la Reine*, Montréal, n° 5393.

les du droit civil, et l'article 831 du Code du Québec notamment, suffisent aux besoins, mais à la condition qu'on ne perde pas de vue les enseignements qui se dégagent de leur genèse; à la condition que, cessant de considérer la liberté testamentaire dans l'optique du droit anglais, on la regarde comme un principe de droit québécois — ce qu'elle est effectivement devenue — et qu'on l'interprète comme telle. L'article 831 du Code du Québec contient en lui-même tous les éléments nécessaires à une interprétation nouvelle qui, tout en étant en accord avec les exigences présentes de l'ordre social, laisse à l'appréciation judiciaire une latitude éminemment compatible avec la complexité de la vie juridique. Il suffirait, en effet, d'un mouvement jurisprudentiel qui reconnaisse aux derniers mots de l'article 831 du Code du Québec leur valeur propre. Et nous sommes convaincu qu'une telle orientation est non seulement souhaitable, mais possible.

C'est ainsi, parcellément, que, sous la pression des circonstances, les tribunaux français ont été amenés à découvrir, dans l'article 1384 du Code civil, un texte auquel ils ont attribué une portée que ses auteurs n'avaient certainement pas prévue : nous voulons parler de la présomption de responsabilité du fait des choses, consacrée par le célèbre arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 13 février 1930 (31). Or, ce qui nous fait dire qu'un mouvement jurisprudentiel analogue est également possible dans le droit de la province de Québec, c'est non seulement le fait que, comme en France, les pressions sociales militent en sa faveur, mais c'est aussi que ce mouvement jurisprudentiel se produirait à propos de notions juridiques essentiellement relatives, c'est-à-dire changeantes avec l'époque et le milieu : les notions d'ordre public et de bonnes mœurs. Et nous invoquons ici l'autorité de Gény lui-même qui écrivait : « L'état social, contemporain du juge, ne saurait peser directement sur l'interprétation du texte légal, que si celui-ci exprimait une notion mobile et fugace de sa nature, telle que la notion d'ordre public, par exemple. Interpréter pareille notion d'après les idées régnantes, à l'époque de *l'application de la loi*, ce n'est pas compromettre la certitude de celle-ci, puisque elle-même a reconnu la contingence et la relativité de cet élément, dont elle a laissé la précision à l'interprète » (32).

*
**

(31) D.P. 1930.157, note RIPERT.

(32) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., T. I, n° 99, pp. 272-273.

51. — Nous pouvons maintenant entreprendre d'examiner en détail les fondements juridiques sur lesquels pourrait s'appuyer une interprétation nouvelle du principe de la liberté testamentaire et les diverses objections qu'elle soulève. Pour ce faire toutefois, et comme simple méthode de démonstration, nous choisirons de justifier notre thèse à l'aide de deux exemples particulièrement suggestifs et qui ont fait, en pratique, l'objet de litiges devant les tribunaux du Québec : le cas d'un legs par un *conjoint* en faveur de son concubin et celui d'un legs avantageant les enfants adultérins du testateur. Mais en nous bornant à ces deux exemples, nous entendons bien ne préjuger en rien de l'extension possible de nos conclusions à d'autres hypothèses que les circonstances pourront soumettre ultérieurement à l'appréciation judiciaire.

CHAPITRE IV

CAPACITE ET INCAPACITE

52. — On sait que l'interdiction qui, sous l'Ancien droit, empêchait tant les concubins entre eux que les enfants adultérins et incestueux à l'égard de leurs père et mère de recevoir des *legs* plus considérables que des legs d'aliments, a disparu, par suite de la loi québécoise de 1801, en même temps que l'incapacité des enfants naturels simples de bénéficier de dispositions universelles (n° 36). En revanche, ces mêmes prohibitions que l'Ancien droit avait élevées à l'encontre des *donations* entre vifs ont été maintenues presque intactes « dans l'intérêt des bonnes mœurs », disent les codificateurs (1). L'article 768 du Code du Québec édicte en effet : « Les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins, sont limités à des aliments. (...) Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entre vifs comme toutes autres personnes. » Et les codificateurs commentent encore le parti auquel ils se sont arrêtés de la façon suivante : « ... il doit être admis que ces incapacités n'existent pas en matière de legs. M. le commissaire Day (et les autres Commissaires ne sont pas éloignés de son opinion), a pensé que si des restrictions eussent dû être maintenant posées à une loi dont le but

(1) DE LORIMIER., *op. cit.*, vol. VI, p. 265.

a été de les faire disparaître toutes, le cas, sous examen, en eût présenté l'occasion. Mais après avoir adopté et appliqué partout le principe de la liberté dans sa plus grande étendue, les Commissaires ont hésité à y déroger sur un point de détail » (2).

Cet extrait du rapport des codificateurs présente l'avantage de situer exactement la question que nous devons maintenant discuter. En supprimant les incapacités spéciales qui frappaient les concubins et les enfants naturels de recevoir des legs — et de cela on ne peut assurément pas douter — le Code civil a-t-il du même coup validé toutes les libéralités testamentaires dont ces personnes pourraient être bénéficiaires ? En d'autres termes, la question se pose-t-elle désormais sous la forme d'une simple alternative : capacité ou incapacité ?

En un sens, il faut bien le reconnaître, ni les concubins, ni les enfants naturels ne sont plus sous le coup d'une incapacité de recevoir des legs; ils en sont donc capables. Si cela veut dire que tous les legs qui pourront leur être adressés ne seront plus susceptibles d'être attaqués (sauf, bien entendu, pour inobservation des formes ou autres causes de nullité des testaments), il faut mettre immédiatement un terme à notre étude, car elle apparaît désormais comme dépourvue d'objet. Est-ce bien là cependant le sens de la disparition de ces incapacités ? Une rapide comparaison avec la situation en droit civil français ne sera pas ici sans intérêt; et les solutions qu'elle nous laissera entrevoir et auxquelles nous aurions pu ne pas songer au premier abord justifieront amplement cette apparente digression.

53. — A première vue pourtant, la comparaison avec le droit civil français peut paraître inopportune, étant donné l'écart entre les deux systèmes juridiques. En ce qui concerne les dons et legs aux enfants naturels, l'article 908 du Code civil, il est vrai, autorise un rapprochement partiel avec l'article 768 du Code du Québec : les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent rien recevoir de leurs père et mère, ni par donation entre vifs ni par testament, au delà d'aliments; quant aux enfants naturels simples, leur capacité de recevoir entre vifs varie en fonction de la part à laquelle ils auraient droit en cas de succession *ab intestat* et leur capacité de recevoir par testament est limitée à la quotité disponible, sans pouvoir toutefois excéder, lorsqu'ils sont en concours avec des descendants légitimes, une part d'enfant légitime le moins prenant. Mais les concubins, par contre, ne sont visés par aucune dis-

(2) *Ibid.*, pp. 265-266. Cf. également : MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, p. 44.

position du droit civil et ce silence du Code équivaut naturellement à reconnaître leur capacité, vu l'article 902 du Code civil qui décrète que : « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donations entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. » Sur ce dernier point, le droit français se montre donc encore plus libéral que le droit québécois, et nous n'en sommes que plus à l'aise pour les mettre en parallèle.

Malgré, en effet, l'absence de disposition restreignant la capacité des concubins de s'avantager entre eux, tant entre vifs qu'à cause de mort, la jurisprudence française n'a pas, pour autant, renoncé à tout droit de regard sur les libéralités qu'ils peuvent se consentir mutuellement. Pour ce faire, elle invoque la théorie de la cause ; et selon que la donation ou le legs a eu pour but la formation, la continuation ou la rémunération de relations coupables entre les parties, ou au contraire la réparation spontanée du préjudice causé à la femme, l'acte est annulé ou validé. La jurisprudence est désormais fermement fixée en ce sens (3) ; et il serait, en effet, inadmissible de voir les tribunaux sanctionner un acte qui apparaît comme le salaire du vice.

Ce n'est pas ici l'endroit d'étudier à fond cette jurisprudence ; nous aurons à y revenir ailleurs plus longuement. Mais il était nécessaire d'en rappeler dès maintenant l'essentiel, car notre seul dessein est de prévenir une conclusion trop hâtive qui consisterait à dire, à la suite d'un argument *a contrario*, que, puisque les concubins, même adultères, ne sont plus incapables de s'avantager entre eux par testament, l'on doit admettre sans discussion la validité de leurs libéralités testamentaires. Si, en effet, la jurisprudence française a pu, *sans texte spécifique*, conserver un droit de regard sur les libéralités que se font les concubins, à plus forte raison devrait-on en arriver au même résultat en droit québécois. N'aurions-nous, pour le moment, réussi qu'à susciter un doute sur le sort possible des legs entre concubins, que nous aurions atteint pleinement notre but.

54. — Mais une nouvelle question surgit alors. Car si les concubins sont capables de s'avantager réciproquement par actes à cause de mort et que néanmoins la validité de ceux-ci peut être encore sujette à contestation, à quoi bon avoir supprimé les incapacités de l'Ancien droit ? Pour y répondre, nous ferons

(3) A titre d'exemples : Grenoble, 25 février 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.248 ; Req., 8 juin 1926, D.P. 1927.1.113, note R. SAVATIER ; Paris, 16 novembre 1927, D.H. 1928 57 ; Civ., 14 octobre 1940, D.H. 1940.174 ; Nancy, 25 juillet 1951, D. 1951. Somm. 83.

appel à une analogie dont le droit civil québécois nous fournit lui-même les termes et que nous choisissons précisément dans la matière actuellement en discussion : la capacité de donner et de recevoir par testament.

L'article 839 du Code du Québec déclare : « Les présomptions légales de suggestion et de défaut de volonté dans les dispositions testamentaires, à cause seulement des relations de prêtre ou ministre, médecin, avocat ou procureur, qui existent chez le légataire à l'égard du testateur ont disparu par l'introduction de la liberté absolue de tester. *Les présomptions dans ces cas ne s'établissent que comme dans tous les autres.* » (4) Cet article, à coup sûr, était inutile et superflu. L'incapacité des personnes qui y sont énumérées avait été supprimée par la loi de 1801, et le principe de la liberté testamentaire tel qu'il est exprimé dans l'article 831 du Code du Québec était assez général pour qu'on pût y comprendre l'hypothèse visée par l'article 839 du Code du Québec. Mais précisément parce que cet article se borne à expliciter l'une des conséquences du principe de la liberté testamentaire ; parce que, loin de déroger au droit commun à propos d'un cas particulier, il ne fait que tirer de la règle l'une de ses applications, il n'est que plus légitime de le considérer comme un simple exemple dont on peut, par analogie, étendre la solution à d'autres cas semblables, et notamment à celui des legs entre concubins. Comme les prêtres et les médecins, les concubins sont, en effet, depuis 1801, affranchis de leur incapacité. Or, que dit l'article 839 du Code du Québec, sinon que, *même capables*, les prêtres et les médecins peuvent se voir privés des legs qui leur sont adressés, s'ils tombent sous le coup de l'application d'une disposition du droit commun. Et le droit commun, en l'espèce, ce sont non seulement les règles sur la captation et la suggestion frauduleuses — seul aspect dont se préoccupe l'article 839 du Code du Québec — ce sont encore les articles 989 et 990 du Code du Québec (articles 1131 et 1133 du Code civil), et *c'est en premier lieu* l'article 831 du Code du Québec qui prohibe les dispositions testamentaires contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

On doit donc se garder de conclure, de la suppression des anciennes incapacités relatives de donner et de recevoir, à un principe de capacité tel que toute vigilance soit hors de propos. Cette suppression procède au contraire de ce qu'on a jugé qu'une règle générale était trop absolue et ne convenait pas à toutes les situations. On a préféré laisser aux tribunaux un pouvoir de contrôle

(4) Les italiques sont de nous.

et de libre appréciation grâce auquel des solutions nuancées et plus en accord avec les circonstances toujours uniques de chaque cas d'espèce sont rendues possibles.

C'est ce que rappelait succinctement la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 16 novembre 1927 (5) : « Considérant que le Code civil n'a pas maintenu l'incapacité de disposer et recevoir à titre gratuit qui, dans l'Ancien droit, frappait les concubins ; que les libéralités entre concubins ne sont nulles qu'autant qu'elles sont inspirées par la volonté chez le disposant de provoquer, perpétuer ou rémunérer les relations immorales entre lui et la personne du gratifié ».

Nous n'hésitons pas à reconnaître, pour notre part, que cette situation est de beaucoup supérieure à l'ancienne ; mais la jurisprudence québécoise, par un mouvement de réaction qui s'explique probablement par le passage brusque du régime des incapacités à celui de la liberté « illimitée » de tester, ne semble pas avoir jusqu'ici envisagé le problème sous cet angle, du moins en ce qui concerne les legs entre concubins.

55. — Dans aucun autre domaine du droit civil pourtant, la jurisprudence n'a renoncé à son pouvoir de contrôle ; dans aucun autre domaine, elle n'a laissé les individus disposer de pouvoirs si étendus, si absolus que, par le biais de la théorie de la cause illégale et immorale, elle ne trouve moyen d'imposer un frein modérateur à la toute-puissance de la volonté. Mais en matière de liberté testamentaire, les mots « capacité » et « incapacité » semblent avoir un sens propre, comme si les règles du droit commun ne devaient jamais s'interposer, comme si les dispositions concernant les testaments formaient un tout autonome n'ayant avec le reste du droit civil que des liens fort lâches. Parce que l'on a étendu à certaines personnes, qui étaient autrefois sous le coup de prohibitions sévères, la règle de la liberté testamentaire, on a l'impression que cette nouvelle capacité est devenue synonyme d'une espèce de blanc-seing que le droit leur aurait délivré et que ce serait attenter à cette liberté que de la limiter de façon même indirecte. Et pourtant l'article 759 du Code du Québec, au titre des donations entre vifs et testamentaires, ne déclare-t-il pas que : « Les prohibitions et restrictions quant à la capacité de contracter, d'aliéner ou d'acquérir, établies ailleurs en ce Code, s'appliquent aux donations entre vifs et aux testaments avec les modifications établies au présent titre » ?

(5) D.H. 1928.57.

Cette attitude, nous semble-t-il, est encore une conséquence de ce que l'on a toujours vu, dans les lois de 1774 et de 1801, une réforme qui continuait à se rattacher à un système juridique étranger, alors que tout devait au contraire concourir à la faire considérer comme intégrée à l'ensemble du droit civil québécois et que, s'il était encore possible d'en douter avant 1866, la codification ne devrait plus laisser place à aucune hésitation. Il n'en est cependant pas ainsi ; et à l'appui de cette attitude, on invoque l'article 831 du Code du Québec lui-même et l'interprétation qu'on en a acceptée. C'est donc à cette dernière qu'il faut maintenant s'attaquer ; non par une critique négative : celle-là est implicitement contenue dans tous les développements qui précèdent ; mais en proposant d'y substituer une interprétation nouvelle que l'histoire rend possible, que le contexte social appelle et que les textes légaux n'entravent pas. Comment pourrait-on autrement dénier à la Doctrine le droit d'affirmer, comme elle le fait, que « par testament, on peut aujourd'hui léguer à son concubin, à ses enfants incestueux ou adultérins toute sa fortune, si l'on veut. » (6) ?

(6) JETTÉ, *op. cit.*, R. du D., T. XVI, 1937-38, p. 52.

CHAPITRE V

ESSAI D'UNE NOUVELLE INTERPRETATION

56. — Au moment d'aborder l'examen de l'interprétation nouvelle que nous proposons de l'article 831 du Code du Québec, il est nécessaire de dégager de tout ce qui précède les trois principaux facteurs qui, à notre avis, expliquent le parti qu'ont pris la Doctrine et la jurisprudence à l'égard de la liberté de tester.

Un facteur juridique d'abord ; c'est le plus patent, le plus aisément discernable, mais peut-être aussi le moins profond. En analysant l'article 831 du Code du Québec, on a, avec raison, discerné ce que nous avons appelé son caractère hybride (*supra*, n^{os} 1 et 2) : c'est, en effet, dans sa première partie un texte de réglementation, dans sa seconde un texte de référence : texte de référence, à coup sûr, lorsqu'il est fait mention des « prohibitions, restrictions et autres causes de nullité contenues en ce Code » ; texte de référence également, lorsqu'il est ensuite parlé des « conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Mais en va-t-il de même des « *dispositions...* contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » ? On a pris pour acquis que dispositions et conditions se confondaient à toutes fins pratiques et qu'il ne fallait y voir qu'un simple rappel de l'article 760 du Code du Québec (correspondant à l'article 900 du Code civil) qui ne s'occupe pourtant que des *conditions* impossibles, illégales et immorales.

Bien plus, l'article 760 du Code du Québec, non seulement ne confond pas les « dispositions » avec les « conditions », mais emploie même les deux mots dans des sens différents ; il suffit de le lire pour s'en convaincre : « La *condition* impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, aux lois, ou à l'ordre public, dont dépend une donation entre vifs, est nulle et rend nulle la *disposition* elle-même comme dans les autres contrats. Dans un testament une telle *condition* est considérée comme non écrite et n'annule pas la *disposition*. »

Pour nous, voulant donner à chaque mot son sens propre, nous ne pouvons admettre l'assimilation des deux termes. Et si la distinction repose sur quelque fondement, il devient difficile de n'accorder aux mots « dispositions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » qu'une valeur de référence. L'expression nous semble même trop large pour ne viser que les règles relatives à la cause illicite ou immorale (art. 989 et 990 du Code du Québec), quoiqu'on puisse bien admettre, si l'on veut, qu'elle les englobe.

Que signifie, en effet, le mot « disposition » ? Dans le seul chapitre du Code civil consacré aux testaments (art. 831 à 924 du Code du Québec), le terme « disposition » est employé à vingt-six reprises : deux fois il désigne la manière de disposer de ses biens (1) ; il revient cinq fois dans le sens de règle de droit (2) ; et dans tous les autres cas, il doit s'entendre dans l'acception de clause d'un acte juridique, en l'occurrence d'un testament (3). De ces divers sens, le seul qui soit acceptable pour expliquer le mot « disposition » figurant dans l'article 831 du Code du Québec est de toute évidence le dernier. Il serait bien étrange que, par extraordinaire, ce mot soit ici synonyme de « conditions », alors que pareille signification n'est attestée par aucun autre exemple et qu'au surplus un tel emploi constituerait ici un énorme barbarisme (4). On comprend en revanche fort bien que, par l'expression « dispositions ou conditions », les codificateurs aient voulu désigner les clauses conditionnelles et celles qui ne sont pas affectées d'une telle modalité, mais qui peuvent néanmoins être contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ce petit exercice lexicologique vient donc confirmer la justesse de la dissociation

(1) Articles 863 et 916 C. Q.

(2) Articles 847, 848, 855, 883 et 909 C. Q.

(3) Articles 840, 846, 853, 854, 860, 864, 865, 868 (3 fois), 873, 892, 894, 896, 898, 900, 901, 902 et 904 C. Q.

(4) Voir P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. V° *Disposition*.

des deux vocables et les raisons que nous avons déjà avancées pour accorder à chacun une portée spécifique et précise.

57. — Un deuxième facteur, plus historique celui-ci que strictement juridique, mais qui a néanmoins fortement contribué à accréditer l'interprétation traditionnelle, c'est le fait que l'on ait toujours persisté à considérer la liberté de tester comme une institution en marge de l'ensemble du droit civil. On a tenté de lui donner la même extension qu'en Angleterre, de faire admettre toutes les règles du droit anglais en matière testamentaire ; on a essayé, en invoquant son origine, de l'interpréter par référence aux notions anglaises de bonnes mœurs et d'ordre public ; on a refusé enfin toute interférence des règles du droit commun québécois susceptibles d'en limiter la portée (4 a). A cette attitude, nous ne voyons qu'une explication et c'est la réaction presque de désarroi provoquée par l'introduction brusque — et au moyen d'une loi impériale — d'une réforme qui bouleversait profondément les institutions anciennes. Cette réaction, compréhensible si l'on se replace dans la situation de l'époque où elle s'est produite, ne se justifie toutefois pas sur le plan juridique, puisque — nous y avons déjà insisté — tout contribuait à la « naturalisation » de l'institution : la formulation « neutre » des lois de 1774 et de 1801, le procédé de la loi de 1801 qui faisait de cette dernière un simple amendement de la Coutume de Paris, le fait enfin que l'on ait inséré le principe de la liberté testamentaire dans le Code civil. L'article 831 du Code du Québec constitue ainsi une disposition d'une loi considérable, une partie d'un vaste ensemble et qu'il est, pour cette raison, arbitraire de vouloir isoler.

58. — Le contexte social est le troisième facteur que nous voulons retenir pour expliquer la position étonnamment libérale de la jurisprudence québécoise (5). Tant que la cohésion familiale était encore puissante, l'affirmation que la liberté de tester était illimitée ne portait pas à conséquences. Mais si les divers indices que nous avons relevés sont bien révélateurs des récentes transformations intervenues dans ce domaine, ce qui était auparavant inoffensif peut maintenant devenir dangereux pour l'ordre social tout entier. La situation n'est peut-être pas encore très grave, mais la multiplication des cas d'espèce, auxquels les tribunaux apportent des solutions qu'ils sont souvent les premiers à regretter, risque fort de contribuer à la désagrégation de la famille.

(4 a) Voir *supra*, nos 8 à 11, 37 et 38.

(5) Voir *supra*, chap. III.

59. — En somme, ces trois facteurs, s'ils nous aident à comprendre l'interprétation traditionnelle que la Doctrine et la jurisprudence ont défendue, en font également saisir la précarité. Ils constituent probablement les meilleurs arguments que l'on puisse invoquer en faveur d'une interprétation nouvelle. Cette interprétation, nous allons essayer maintenant de l'établir juridiquement en l'illustrant à l'aide des deux exemples que nous avons choisis : un legs par un conjoint adultère en faveur de son concubin, et un legs en faveur des enfants adultérins du testateur. Nous développerons notre démonstration en trois points qui formeront les trois sections du présent chapitre : 1. Un tel legs est une disposition contraire à l'ordre public ; 2. C'est aussi une disposition contraire aux bonnes mœurs ; et 3. Il est nul, parce que sa cause est illicite.

SECTION I

DISPOSITION CONTRAIRE A L'ORDRE PUBLIC

60. — Il peut sembler arbitraire de distinguer ici entre l'ordre public et les bonnes mœurs, alors que ni le code ni la jurisprudence, aussi bien en France que dans le Québec, n'établissent de nette distinction entre les deux notions. Un juriste québécois écrit même : « ... the two concepts are so closely allied as almost to be two sides of the same medal. » (6) Mais si la notion de bonnes mœurs est comprise dans celle d'ordre public, c'est qu'il est certaines règles de morale qui, s'il y était porté atteinte, seraient de nature à troubler l'organisation sociale, c'est-à-dire en définitive l'ordre public. En s'appropriant ces règles de morale, la loi ou les tribunaux en font des règles de droit dont l'observation est jugée impérieuse : ce sont dès lors des règles d'ordre public (7). C'est pourquoi quiconque pose un acte contraire aux bonnes mœurs porte en même temps atteinte à l'ordre public.

Le fait même que l'ordre public soit une notion plus large

(6) CHALLIES, « Good Morals », *Thémis*, T. III, 1952-3, p. 79 : « ... Les deux concepts sont si intimement liés qu'ils sont presque comme les deux côtés de la même médaille. » Dans le même sens : BILLETTE, *op. cit.*, n° 99, p. 69, et n° 113, p. 76.

(7) J. SAIGET, *Le Contrat immoral*, Paris, Dalloz, 1939, p. 172 ; A. SIMON, *L'Ordre public en droit privé*, thèse Rennes, 1941, p. 280 ; R. GUALTIERI, « The Legal Concept of Public Order », *Thémis*, T. II, 1951-52, p. 155.

que celle des bonnes mœurs laisse immédiatement entendre que les deux notions ne se recouvrent pas exactement. Les distinguer est donc au moins théoriquement possible, et la Doctrine (8) comme la jurisprudence (8 a) québécoises n'ont généralement pas voulu les confondre. En acceptant cette distinction, nous ne tenterons toutefois pas de proposer des définitions très strictes (8 b). « L'attraction magique qu'exercent dans les différents pays ces quatre mots « ordre public, bonnes mœurs », déclarait M. Louis Baudouin (8 c), semble décourager cependant les meilleurs juristes du monde de jamais parvenir à atteindre la certitude juridique sur ce point. Quatre mots, qui dans leur brièveté ensèrent toute la vie juridique du droit public et du droit privé ; quatre mots, sur le sens fondamental desquels personne ne peut se flatter de nos jours de dresser le bilan exact. » Ceci n'a rien qui doive nous étonner d'ailleurs car, comme le remarquait Gényn, « les expressions traduisant des notions empruntées aux disciplines fondamentales de la vie sociale, politique, économique, morale, résistent, plus que toutes autres, à la précision rigide, postulée par l'ordre juridique, et conservent, en dépit de leur adaptation au droit, l'imperfection technique des sciences plus hautes dont elles dérivent. » (9) Nous nous contenterons donc de souligner que, tandis que l'ordre public, selon la définition de Marmion (10), « c'est l'ordre dans les rapports sociaux quels qu'ils soient selon certains principes exprimés formellement par la volonté nationale ou dégagés, à défaut de textes précis, par la jurisprudence », dans le concept de bonnes mœurs l'accent est mis plutôt sur l'aspect moral, en tant que certaines règles de la morale ont été adoptées par le droit parce que nécessaires au maintien de l'ordre social. C'est uniquement en prenant pour base l'aspect social (10 a) qui prédomine dans l'un, l'aspect moral qui prédo-

(8) Ph. MALAURIE, *L'Ordre public et le contrat*, Reims, 1953, nos 30 et 31, pp. 29-30 ; Jacques PERRAULT, *Des Stipulations de non-responsabilité*, Montréal, 1939, n° 84, p. 77 ; L. BAUDOUIN, « L'ordre public et les bonnes mœurs en droit privé », R. du B., T. XIII, 1953, p. 391 ; *id.*, *Le Droit civil de la Province de Québec*, p. 1276.

(8 a) Hébert v. Sauvé (1932), 38 R.L. n. s. 410 (*vide*, 417).

(8 b) Les auteurs s'y refusent généralement. « Ces choses se sentent plus qu'on ne les définit », écrivait MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, T. I, p. 121.

(8 c) *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1952, T. VII, p. 723.

(9) *Science et technique en droit privé positif*, T. III, p. 469.

(10) *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, thèse Paris, 1924, p. 73.

(10 a) C'est cet aspect social que met aussi en évidence la définition proposée par M. MALAURIE, *op. cit.*, n° 99, p. 69 : « Le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité. » Voir aussi : G.S. CHALLIES, *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1952, T. VII, p. 648.

mine dans l'autre que nous examinerons *séparément* comment une disposition testamentaire peut être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

61. — L'existence d'une notion de l'ordre public spécifique au droit civil québécois ne semble plus être mise en doute présentement (10 b) et c'est ce qui permet aux tribunaux de conserver, par rapport à l'interprétation française, une certaine latitude. Ainsi se dégage l'un des éléments qui donnent au droit civil du Québec sa personnalité propre. Mais il reste légitime, en dépit des nuances que l'on peut relever entre les deux systèmes juridiques, de s'inspirer assez largement de la Doctrine et de la jurisprudence françaises et l'on ne manque pas, en pratique, de recourir à ces deux sources pour préciser certains aspects de la notion d'ordre public (11).

62. — Mais en matière de libéralités testamentaires, une objection surgit dont on connaît déjà la teneur et qui consiste à affirmer que la liberté de tester étant d'origine anglaise, l'ordre public anglais est le seul auquel on doive se reporter en l'espèce (12). Outre que cette proposition ignore le fait que la liberté de tester a été introduite dans le droit québécois de façon à s'y assimiler entièrement — nous avons précédemment assez insisté sur ce point pour n'y pas revenir — elle conduit à une absurdité qui serait suffisante en elle-même pour la repousser. Si on l'admettait, en effet, il faudrait conclure que les mêmes mots n'ont pas le même sens, non seulement à l'intérieur de la même loi, mais à l'intérieur d'un même article. Car quelle signification devrait alors recevoir l'article 760 du Code du Québec ? Il faudrait dire que dans une donation, la condition contraire à la notion *québécoise* de bonnes mœurs ou à celle d'ordre public est nulle et rend nulle la disposition elle-même ; tandis que dans un testament, la condition contraire à la notion *anglaise* de bonnes mœurs ou à celle d'ordre public est considérée comme non écrite. Bien plus, les mots « dans

(10 b) Même dans les cas où une règle du Code civil a été empruntée au droit anglais. « Il semble, écrit M. BAUDOUIN (*Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1952, T. VII, p. 740), que la note dominante dans toute ces espèces, où les affinités avec le concept de *public policy* sont considérables, soit la recherche par la jurisprudence de la Province de Québec d'un ordre public proprement québécois. »

(11) A. PERRAULT, « Ordre public et bonnes mœurs », R. du B., T. IX, 1949, p. 3 ; BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1275.

(12) R. GUALTIERI, *op. cit.*, p. 156 ; BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1275 ; et rapport présenté par le juge CHALLIES, *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1952, T. VII, pp. 656-657.

un testament une *telle* condition » n'auraient plus de signification précise, puisque, dans l'hypothèse actuelle, la condition immorale ou illégale d'une donation n'équivaudrait plus à celle d'un testament.

Pour soutenir une position aussi illogique dans ses conséquences, et ne reposant sur aucun fondement historique, la Cour suprême invoque des arguments de convenances et de bienséance : « ... il est de l'intérêt de la province de Québec, déclare-t-elle, et de toute la Puissance, que, sur un sujet comme celui que nous considérons, il y ait uniformité de jurisprudence. Singulier spectacle que serait celui où un legs... serait valide dans toutes les provinces à l'exception du Québec et ce pour raison d'ordre et d'intérêt public. » (13) Il est peut-être, en effet, « de l'intérêt de la province de Québec et de toute la Puissance » qu'il n'y ait qu'un seul droit civil national, — nous n'avons pas à en discuter — mais le Parlement impérial n'en a pas décidé ainsi qui, par l'article VIII de l'Acte de Québec (1774), a reconnu aux Canadiens la jouissance complète de leurs lois civiles, et, par l'article 92, § 13 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (1867), a accordé aux Législatures provinciales, le droit exclusif de légiférer en matière de propriété et de droits civils. Et pourquoi faudrait-il qu'il y ait « uniformité de jurisprudence » sur les testaments et pas sur les donations entre vifs ? Et ne serait-ce pas un bien « singulier spectacle » aussi que celui d'un système juridique bâtard et disparate où coexisteraient deux notions de l'ordre public et deux notions de bonnes mœurs ? On ne s'étonnera pas que cette jurisprudence ait été « froidement accueillie », pour reprendre l'expression de M. Baudouin (14), dans le Québec.

Dans un pays à régime politique unitaire, comme la France, l'existence d'un ordre public national ne peut être mise en doute. Mais la forme fédérative du régime politique canadien, où chaque province jouit d'une compétence exclusive en matière de droit civil, postule presque nécessairement une diversité de la notion d'ordre public en droit privé (14 a). Et cette diversité est naturellement plus accusée entre la province de Québec du fait de son rattachement au système juridique français, et les autres provinces qui sont régies par le Common Law.

On voit à quelles objections on devrait se heurter, si la thèse

(13) Renaud *v.* Lamothe (1902), 32 R.C.S. 357 (365).

(14) BAUDOUIN, *op. cit.*, R. du B., T. XIII, 1953, p. 395 ; voir *supra*, note 10 b.

(14 a) L. BAUDOUIN, *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1952, T. VII, pp. 733-734 et 744.

de la Cour suprême était acceptée. La Doctrine a toujours critiqué cette jurisprudence qui n'a d'ailleurs pas réussi à s'imposer (14 b). Les tribunaux du Québec ont, en général, constamment lutté pour la sauvegarde de l'autonomie du droit civil et la Cour suprême elle-même semble bien avoir renoncé à faire prévaloir son opinion (15). De tous les auteurs, M. Baudouin est à peu près le seul à défendre la théorie de l'ordre public anglais en matière testamentaire ; et pour affirmer que « la jurisprudence qui s'est cristallisée sur ce point plaide en faveur d'une interprétation à l'aide du droit anglais » (16), il lui faut passer complètement sous silence un nombre considérable de décisions qui ont persisté à soutenir le point de vue contraire (17) : la victoire de la Cour suprême est loin d'être aussi indiscutable.

63. — Sans chercher à définir strictement l'ordre public, il est toutefois possible de préciser quelques-uns des éléments qui le composent. En essayant de dégager certains principes fondamentaux de l'organisation sociale, certaines règles impératives du droit, l'esprit de l'ensemble de la législation dans des domaines d'importance vitale pour la société, on arrive à cerner d'assez près la notion de l'ordre public pour juger ensuite des dispositions qui y sont contraires. Or au premier plan de l'ordre public en droit privé apparaît la famille. Les lois qui en réglementent l'organisation constituent l'un des caractères essentiels et certains de l'ordre public et c'est en même temps l'aspect qui nous intéresse principalement ici, on le devine ; car si les legs entre concubins ou en faveur d'enfants naturels doivent être déclarés, dans certains cas, contraires à l'ordre public, c'est bien parce qu'ils peuvent porter atteinte à l'organisation familiale et à la conception qui a guidé le législateur québécois et qui ressort assez nettement de l'ensemble de la réglementation sur le sujet.

« Le mariage, nous dit l'article 185 du Code du Québec, ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ; tant

(14 b) *Ibid.*, p. 740.

(15) Migneault *v.* Malo (1872), 20 R.J.R.Q. 47 ; Ross *v.* Ross (1892), 2 C.S. 8 (22) ; Renaud *v.* Lamothe (1902), 32 R.C.S. 357 (365) ; Doré *v.* La Banque Nationale (1902), 26 C.S. 466 (471) ; Mayrand *v.* Dussault (1907), 38 R.C.S. 460 (488) ; Laramée *v.* Ferron (1908), 41 R.C.S. 391 (401).

(16) BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 1275.

(17) Evanturel *v.* Evanturel (1874), 12 R.J.R.Q. 448 (472-3) ; Russell *v.* Lefrançois (1882), 8 R.C.S. 335 (350) ; McGibbon *v.* Abbott (1882), 5 L.N. 431 ; Abbott *v.* McGibbon (1884), 7 L.N. 179 ; McGibbon *v.* Abbott (1885), 8 L.N. 267 ; Ouimet *v.* Laberge (1913), 43 C.S. 221 (241) ; Papineau *v.* Rainville (1920), 57 C.S. 51 (54).

qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble. » Le divorce est en effet entièrement ignoré du Code civil lui-même ; la procédure extraordinaire par laquelle on peut l'obtenir en fait une mesure d'exception qui ne modifie pas le droit commun. Par le fait du mariage, les époux s'engagent mutuellement à respecter leurs devoirs de fidélité, de secours et d'assistance (art. 173 du Code du Québec). La violation du devoir de fidélité par l'un des conjoints entraîne au profit de l'autre le droit de demander la séparation de corps ; et ce devoir de fidélité est encore plus strictement sanctionné depuis que, par une loi du 16 décembre 1954, on a effacé la restriction particulièrement injurieuse pour la femme de ne pouvoir demander la séparation de corps pour cause d'adultère de son mari que lorsque celui-ci « tient sa concubine dans la maison commune » (art. 187 et 188 du Code du Québec). A l'égard des enfants qui naîtront du mariage, les époux contractent l'obligation de les nourrir, de les entretenir et de les élever (art. 165 du Code du Québec). Enfin, en cas de décès d'une personne à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit, un article spécial du Code règle les modalités du droit d'obtenir réparation et détermine limitativement ceux qui peuvent s'en prévaloir : ce sont le conjoint, les ascendants et les descendants de la personne décédée (art. 1056 du Code du Québec). En conséquence de cette disposition, le concubin et même les enfants naturels de la victime se voient privés de toute action en dommages-intérêts, lorsque le délit a entraîné la mort. L'on évite ainsi les solutions fâcheuses qui ont prévalu, pendant un certain temps, dans la jurisprudence française.

Sous le prétexte de la généralité des termes de l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation avait en effet, dans l'arrêt *Lop-pens* (18), reconnu le droit de la demanderesse, qui vivait maritalement avec *Sudre*, d'obtenir une indemnité pour le préjudice résultant pour elle de la mort de son amant. Quelques années plus tard, la Cour de Paris admettait les actions de deux concubines lésées par la mort de leur amant unique (19) ; mais le scandale provoqué par cette affaire engagea la Cour de cassation à restreindre la portée de sa décision antérieure (20), en exigeant que le lien existant entre la victime et ses ayants droit offre du moins « des garanties de stabilité et de durée. » La restriction était encore insuffisante et la Cour suprême fut amenée, en 1937, à opérer un

(18) Cass., 26 novembre 1926, S. 1927.1.273.

(19) Paris, 8 novembre 1932, S. 1933.2.25, 4^e espèce.

(20) Cass., 27 avril 1934, S. 1935.1.199.

nouveau revirement en affirmant que « le demandeur doit justifier non pas d'un préjudice quelconque, mais de la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé » (21).

L'article 1056 du Code du Québec impose une solution analogue, à peu de chose près. Les concubins sont, en effet, sous les deux droits, quoique pour des motifs juridiques différents, exclus du bénéfice d'une action en indemnité; mais tandis que les enfants naturels reconnus par la victime peuvent alléguer « un intérêt légitime juridiquement protégé », ils sont dénués de tout recours, en vertu du droit québécois, puisqu'ils ne sont pas au nombre des personnes que l'article 1056 du Code du Québec énumère. Cette comparaison est de nature à nous faire saisir le désintéressement dont témoigne le législateur québécois à l'égard des situations de fait qui peuvent s'établir en marge de la famille légitime.

Il ne se préoccupe, en effet, de la filiation naturelle que dans la mesure où, par le moyen de la légitimation, elle est susceptible de se transformer en filiation légitime. Encore faut-il remarquer que, comme l'article 331 du Code civil depuis sa modification par la loi du 25 avril 1924, l'article 237 du Code québécois impose la légitimation des enfants naturels simples : dès lors que leurs père et mère contractent mariage, leurs enfants sont automatiquement légitimés ; ce qui n'est pas sans dénoter jusqu'à quel point le législateur répugne à voir se consolider des situations irrégulières.

Par un souci bien élémentaire d'humanité, il accorde aussi à l'enfant le droit de réclamer des aliments à celui ou à ceux de ses auteurs qui l'ont reconnu (art. 240 du Code du Québec). Mais ceux-ci viennent-ils à mourir, l'obligation alimentaire est brusquement interrompue, car l'enfant naturel ne prend aucune part dans la succession légitime de ses parents : aux yeux de la loi, il est subitement inexistant.

64. — On dira que la succession *ab intestat* est indépendante de l'ordre public et que ce n'est certainement pas aux règles qui la gouvernent qu'il faut se reporter pour déterminer le contenu de cette notion. La succession *ab intestat* est, en effet, par définition même, celle qui est déférée par la loi seule et elle n'a lieu, nous dit l'article 597 du Code du Québec, qu'à défaut de succession testamentaire. De plus, tandis que, dans le système français, une partie des biens du *de cuius* est obligatoirement dévolue aux parents en ligne directe, héritiers réservataires, aucune des dispositions du

(21) Cass., 27 juillet 1937, S. 1938.1.321. Sur toute cette question, voir le cours de droit civil approfondi 1954-55, de M. LE BALLE, pp. 236-247.

Code civil du Québec relatives aux divers ordres de succession et à la dévolution des biens n'est impérative; aucune d'elles ne s'impose au point qu'il ne soit permis d'y déroger. La succession testamentaire est première et souveraine, de la même façon que le régime matrimonial conventionnel l'emporte sur le régime légal (art. 1387 du Code civil et 1260 du Code du Québec). C'est ce qui permet d'affirmer que la succession légitime, en droit québécois, repose presque uniquement sur la volonté présumée du défunt (22), alors que ce fondement ne rend compte qu'en partie du système successoral français. Et cependant, il ne nous paraît pas inutile pour notre propos d'examiner brièvement la manière dont le Code québécois répartit la succession *ab intestat*. Car, encore que l'ordre légitime des successions ne soit pas d'ordre public, il fournit néanmoins des indications extrêmement précieuses sur la conception que se fait le législateur de la société familiale.

Dans la détermination de ce que l'on est convenu d'appeler l'ordre des affections présumées, le législateur se laisserait-il, en effet, guider uniquement par l'état de fait existant? Ferait-il abstraction de toute préoccupation d'ordre social lorsqu'il décide, par exemple, d'exclure l'enfant naturel du nombre des personnes qui seront appelées à recueillir une hérédité? Ou lorsqu'il tranche la question de savoir quelle part des biens sera attribuée au conjoint survivant et suivant quelle forme, en usufruit ou en propriété? Ce sont là des problèmes dont la solution implique une prise de position qui entraînera des répercussions sur le plan social. C'est dans cette mesure que l'on peut dire que la loi, pour fixer les règles de la dévolution successorale, fait plus que présumer la volonté d'un défunt : *elle manifeste ce qui, à ses yeux, est normalement conforme à l'ordre social qu'elle souhaite.*

Depuis la loi du 5 mars 1915, une modification de très grande importance a été apportée au Code civil québécois : le conjoint survivant a acquis le titre de successeur régulier. Son droit est de la même nature que celui des descendants, des ascendants et des collatéraux. Il est appelé à la succession, même en présence de descendants (art. 624 *b* du Code du Québec), et sa part lui est acquise en pleine propriété. C'est là, évidemment, une conséquence de l'abandon du principe de la conservation des biens dans la famille. Mais au delà, cette réforme manifeste la tendance du droit moderne à resserrer de plus en plus les liens qui unissent

(22) Cette affirmation doit pourtant être tempérée ; car ce n'est pas seulement lorsque le défunt n'a pas fait de testament que sa succession est dévolue suivant l'ordre de la loi, mais également lorsque, ayant fait un testament, ce testament est nul. Dira-t-on alors que la dévolution s'opère conformément à la volonté du défunt ?

les membres du cercle familial, de la même façon que, en France, la modification de l'article 755 du Code civil, qui a ramené, en principe, du douzième au sixième le degré au delà duquel les collatéraux ne succèdent pas.

Conférer à l'époux survivant la qualité de successeur régulier et lui accorder la propriété d'une quote-part des biens de son conjoint, c'est également reconnaître clairement que le devoir réciproque d'assistance que contractent les époux au moment de leur mariage ne doit pas s'interrompre brusquement par la mort de l'un d'eux. Si l'on a raison de considérer qu'une telle règle n'est pas l'expression, de la part du législateur, d'une volonté indifférente; qu'elle reflète une conception de l'ordre social conforme à un idéal qu'il n'impose pas certes, mais qu'il souhaite dans une certaine mesure, nos observations précédentes ne sont pas sans rapports avec la détermination de la notion d'ordre public québécois. Nous ne voulons pas dire qu'il est d'ordre public que l'enfant naturel soit abandonné sans ressources à la mort de ses parents, ni que l'époux survivant doive recueillir l'exacte portion des biens que le Code lui attribue dans le cas où son conjoint décède *ab intestat*; mais il n'est pas non plus d'ordre public que, par testament, on déroge aux règles de la dévolution successorale.

65. — La notion d'ordre public est plus large que la somme des textes impératifs et prohibitifs. « Pour préciser la notion « d'ordre public », écrivait Antonio Perrault (23), un tribunal peut invoquer des éléments objectifs, tel texte législatif, l'esprit qui résulte, dans un pays donné, de l'ensemble de sa législation, des tendances générales de l'opinion, de l'observation des faits économiques et sociaux. » Après avoir rappelé les textes législatifs, après avoir essayé de dégager l'esprit de la législation, nous invoquerons les tendances générales de l'opinion sur le même sujet.

Une résolution adoptée par le congrès du Barreau de la province de Québec, en 1955(24), et reprise, peu après, par le Conseil général (25), nous en fournit l'occasion. Cette résolution conclut à la nécessité « de restreindre sans la supprimer, la liberté de tester afin de protéger le conjoint et les enfants ». Pour ce faire, « le Conseil général favoriserait, nous est-il dit, l'adoption *mutatis mutandis* de la législation d'Ontario contenue dans *The Depen-*

(23) *Op. cit.*, R. du B., T. IX, 1949, p. 6.

(24) R. du B., T. XV, 1955, p. 169.

(25) R. du B., T. XVI, 1956, p. 145.

dents' Relief Act... » (26). Une fois de plus, le législateur choisira la voie de la facilité en empruntant à la législation anglaise des institutions conçues en fonction de cette dernière, plutôt que d'inventer, si nécessaire, une solution propre au génie du système juridique français et qui puisse s'inscrire dans la ligne et la logique de son dynamisme interne. Quoi qu'il en soit de cette question (27), ce que nous voulons retenir ici, c'est uniquement la manifestation d'une tendance fort nette de l'opinion à assurer à l'époux survivant et aux enfants une part équitable des biens du *de cuius*. Tout en conservant les avantages incontestables que présente normalement la liberté de tester, on veut éviter les abus auxquels elle peut donner lieu et les injustices qu'elle peut entraîner, lorsqu'elle est employée par une personne peu soucieuse de s'acquitter des responsabilités attachées à son état et à la fonction qu'elle exerce dans la société. La renaissance de l'idée de protection de la famille s'affirme ainsi comme l'une des caractéristiques du droit civil québécois du XX^e siècle ; et l'on ne peut l'ignorer, lorsqu'on cherche à délimiter la notion de l'ordre public.

66. — Cette notion est, en effet, essentiellement relative. Elle varie selon les milieux et selon les époques (28). Le Conseil privé l'a lui-même souligné, et sans méconnaître que l'opinion représentait un élément valable de référence pour aider les interprètes à préciser, à une époque donnée, ce qui doit être considéré comme compatible avec l'ordre public : « ... The determination of what is contrary to the so-called « policy of the law », affirmait sir Colville dans l'affaire *Evanturel c. Evanturel* (29), necessarily varies from time to time. Many transactions are upheld now by our own Courts which a former generation would have avoided as contrary to the supposed policy of the law. *The rule remains, but its application varies* with the principles which for the time being guide public opinion. »

(26) Cette suggestion est empruntée à une étude de M. Jean TURGEON intitulée « Rétablissement de la légitime sous une forme moderne » et reproduite dans la *Revue du Barreau*, T. XV, 1955, p. 204.

(27) On pourrait également discuter de l'opportunité d'une intervention législative : dans le système juridique du Common Law, sa nécessité est évidente ; mais en va-t-il de même dans le droit québécois ?

(28) J. PERRAULT, *Des Stipulations de non-responsabilité*, n° 105, p. 98 ; G.S. CHALLIES, *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1952, T. VII, p. 649.

(29) (1874), 12 R.J.R.Q. 448 (472) ; les italiques sont de nous : « ... La détermination de ce qui est contraire à l'ordre public varie nécessairement d'une époque à l'autre. Nos propres cours valident aujourd'hui plusieurs affaires qu'une génération précédente aurait annulées comme contraires à l'ordre public. *La règle demeure, mais son application varie* avec les principes qui guident, dans le moment, l'opinion publique. »

67. — Après ces longs développements où nous avons essayé de cerner la notion de l'ordre public québécois relative à l'organisation familiale, il nous faut maintenant appliquer ces principes aux cas concrets que nous avons voulu examiner. Il nous faut nous demander si le testament par lequel un époux déshérite son conjoint et ses enfants légitimes au profit de la personne avec qui il vit en concubinage ou de ses enfants adultérins constitue, au sens de l'article 831 du Code du Québec, « une disposition contraire à l'ordre public » et par conséquent nulle.

Pour nous, la réponse affirmative à cette question ne fait aucun doute. Il faut se rappeler d'abord que la conception civile du mariage concorde presque en tout point avec la conception religieuse et chrétienne; que la violation du devoir de fidélité qui lie les époux est réprouvée par la loi qui la sanctionne en donnant ouverture à l'action en séparation de corps. Ne voit-on pas la contradiction manifeste qu'il y aurait à affirmer d'une part que l'adultère d'un époux est un manquement si grave à la foi conjugale que la loi permet qu'il soit mis fin à la cohabitation, et d'autre part que cette même loi, non seulement ferme les yeux sur l'acte par lequel l'époux coupable punit son conjoint pour récompenser — et grassement — son complice, mais en proclame ouvertement la plus complète validité? Quelle incohérence il y aurait également à soutenir que celui qui est légalement obligé, pendant sa vie d'assister son conjoint et ses enfants peut, à sa mort, les abandonner soudainement à leur sort et même, par le dernier acte de sa volonté, leur promettre cyniquement la misère et le dénuement! (29 a). Et cela, en vue d'assurer l'avenir de son concubin ou de ses enfants adultérins. A en croire la jurisprudence, un tel souci de prévoyance (!) serait en complet accord avec le droit. Le droit est donc bien incohérent qui en outre prend soin, par une disposition expresse, de garantir l'indemnisation du conjoint et des descendants d'une personne décédée à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit dont celle-ci a été victime.

Et pourtant l'article 831 du Code du Québec qu'on invoque pour justifier l'application intégrale du principe de la liberté de tester s'insère bien parmi toutes ces règles légales. Mais lorsqu'on vient à l'interpréter, on ne semble tenir de ce fait aucun compte. Si l'esprit de l'ensemble de la législation en particulier sur les successions légitimes, si les tendances de l'opinion publique ne sont pas non plus indifférents pour la détermination de la notion d'ordre public, quel poids, quelle importance leur accorde-t-on,

(29 a) L'article 205 C. civ. n'a aucun équivalent au Code civil québécois.

lorsqu'on déclare valides les dispositions testamentaires au profit d'un concubin ou d'un enfant adultérin, au préjudice du conjoint et des enfants légitimes ? Ces considérations ne tiennent aucune place dans la jurisprudence, parce que le problème n'a jamais été, à une exception près, envisagé sous cet aspect. Et la seule décision qui ait porté attention à la question concluait « qu'un legs universel fait à une concubine au détriment d'une épouse légitime, est manifestement contraire à l'ordre public... » (30).

Autant l'on peut comprendre qu'un tel legs ait été reconnu valide dans la perspective qui était traditionnellement celle de la jurisprudence, autant il nous paraît douteux qu'un tribunal québécois puisse, sans hésitation et sans gêne, affirmer qu'un legs de cette nature est en tout point conforme à l'ordre public. Un juriste, qui analysait récemment la question du point de vue qui est le nôtre, écrivait aussi : « ... It is difficult to imagine the layman mind of today, in Quebec, considering a bequest of the type just mentioned as being in conformity with morality or with public order. It is doubtful... whether the « pensée nationale » of Quebec ever accepted the principle of completely unrestricted freedom of willing..., so radically different from the spirit of the French civil law, with its emphasis on family solidarity » (31). Et il ajoutait fort justement : « But even if we are to grant — and this, for argument's sake only — that the « pensée nationale » of Quebec ever accepted it as moral and right, are we, nearly a century later, to be bound by it ? Must we adhere to nineteenth century notions of public order and good morals, even if they outrage present-day ideas of what is right, of what is just ? »

68. — On semble, en effet, ignorer presque complètement le fait que la notion d'ordre public n'est pas une notion stable comme le sont en général les notions proprement juridiques, mais essentielle-

(30) Vaudrenil v. Falardeau (1950), R.P. 193 (195).

(31) WASSERMAN, *op. cit.*, *Can. Bar Rev.*, T. XXX, 1952, p. 194 : « ... Il est difficile d'imaginer que l'homme d'aujourd'hui dans le Québec puisse considérer un legs du genre de celui que nous venons de mentionner, comme étant conforme à la morale et à l'ordre public. Il est douteux... que la « pensée nationale » du Québec ait jamais accepté le principe de la liberté illimitée de tester..., si radicalement différent de l'esprit du droit civil français qui met l'accent sur la solidarité familiale. Mais même si nous concédons — et nous ne le faisons que pour les besoins de l'argumentation — que la « pensée nationale » du Québec l'ait accepté comme moral et juste, allons-nous, près d'un siècle plus tard, être liés par cette acceptation ? Devons-nous rester attachés aux notions de l'ordre public et des bonnes mœurs du XIX^e siècle, même si elles portent atteinte aux conceptions actuelles de ce qui est bien, de ce qui est juste ? »

ment relative; et qu'elle varie, de façon nécessaire et simultanée, avec les termes de référence par lesquels on peut la définir. S'il est vrai que l'application d'un texte de loi ne doit pas être restreinte aux seules hypothèses que l'on a eu en vue lors de sa rédaction, mais doit être étendue à toutes celles que la généralité de la formule permet d'y comprendre, même celles que le législateur n'a pas prévues ou n'a pu prévoir (32), à plus forte raison doit-il en être ainsi lorsque le texte de loi, comme c'est le cas pour l'article 831 du Code du Québec, contient des expressions mobiles et contingentes de leur nature comme celle d'ordre public. L'ordre public n'est plus conçu comme ayant exclusivement un but de protection à l'égard de la liberté individuelle. « Tout autre apparaît son rôle aujourd'hui, remarque M. Malaurie (32 a) : il est devenu aussi une idée repoussant la liberté dont on délimite sans cesse plus étroitement les frontières. »

Il n'est plus admissible que, pour circonscrire ce qu'est l'ordre public au milieu du XX^e siècle, on invoque des décisions anciennes reflétant un état social révolu, comme il peut être légitime de le faire pour interpréter une disposition juridique qui ne fait pas appel à une notion aussi changeante. On ne peut ignorer d'une part l'affaiblissement du caractère autrefois absolu des droits d'un propriétaire, et d'autre part, corrélativement au resserrement du cercle familial, l'insistance nouvelle à renforcer la protection des membres de ce dernier. Encore que les textes légaux réglementant le mariage soient demeurés, depuis près d'un siècle, inchangés, l'importance qu'on doit leur accorder peut aujourd'hui être sensiblement accrue par suite soit de modifications législatives dans des domaines connexes, soit de l'évolution des idées ou de transformations du contexte social. Tous ces éléments interviennent ici pour justifier une nouvelle orientation de la Doctrine et de la jurisprudence et pour réprouver un legs, de la nature de celui que nous examinons, comme contraire à l'ordre public.

SECTION II

DISPOSITION CONTRAIRE AUX BONNES MŒURS

69. — Les remarques de la présente section auraient dû trouver place, à strictement parler, dans la précédente, puisque les bonnes

(32) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., T. I, n° 101, p. 283.

(32 a) *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1952, T. VII, p. 751.

mœurs ne forment qu'une partie de l'ordre public lui-même. Nous avons toutefois tenu à dissocier les deux notions pour la commodité de notre analyse, tout en reconnaissant ce que cette dissociation pouvait, par certains aspects, comporter d'arbitraire (n° 60). C'est pourquoi nous nous sommes limité, en traitant de l'ordre public, à examiner le seul point de vue social, indépendamment de toute référence morale, conscient cependant que celles des règles morales que le droit a assumées n'en ont pas moins pour but le maintien même de l'ordre social.

Si, en effet, la notion juridique de bonnes mœurs ne coïncide pas avec la notion religieuse de morale, les deux ne sont pourtant pas totalement indépendantes. Elles se recouvrent en partie, dans la mesure où le droit, c'est-à-dire non seulement les textes légaux, mais également la jurisprudence, s'est approprié certaines règles morales pour les transformer en règles juridiques, parce que leur violation était jugée susceptible de porter atteinte au bon ordre social (33). Il n'y a donc pas là confusion des deux domaines, mais simple pénétration ou mieux emprunt délibéré de la science du droit à celle de la morale. Sans doute le droit n'a-t-il pas l'ambition de contraindre au respect de toutes les règles morales, mais de celles-là seules qui se révèlent indispensables à la poursuite de sa finalité propre. C'est pourquoi il convient de faire montre de prudence en ce domaine; et la confrontation de la finalité de telle règle morale avec celle du droit lui-même semble bien être l'un des critères dont on doit user pour décider de la recevabilité de la règle morale et de son intégration dans la notion juridique de bonnes mœurs.

En France même, après une première réaction, consécutive à la rédaction du Code civil, qui a cherché à isoler le droit et la morale, il apparaît que les liens entre les deux disciplines se multiplient toujours davantage. Et, ce qui est encore d'une certaine façon plus surprenant, malgré la disparition de l'unité religieuse, c'est à la morale chrétienne que les tribunaux se réfèrent spontanément pour interpréter la moralité ou l'immoralité d'une convention. En conclusion d'une analyse approfondie et très complète des diverses conventions dont la jurisprudence française s'accorde à reconnaître la nullité en s'appuyant sur le caractère immoral de leur cause, M. Dorat des Monts écrivait : « Si l'on regarde l'ensemble de la jurisprudence, aucune hésitation n'est permise : les magistrats s'inspirent de la morale qui, depuis dix-neuf siècles, gouverne l'Occident » (34).

(33) J. SAIGET, *Le Contrat immoral*, p. 172 ; DORAT DES MONTS, *La Cause immorale*, n° 222, p. 161.

(34) *Op. cit.*, n° 63, p. 55. Cf. aussi : SAIGET, *op. cit.*, p. 149.

70. — Bien plus, l'effort entrepris par quelques-uns pour laïciser en quelque sorte les bonnes mœurs ne paraît pas avoir trouvé d'écho dans la jurisprudence. On voulait — c'est la conception sociologique — que la notion de bonnes mœurs soit fixée non par référence à un idéal humain ou divin, mais expérimentalement, par la considération de la moyenne des mœurs en cherchant ce que l'opinion publique juge généralement comme moral ou immoral. « La morale sera ce que la *conscience moyenne de la Nation* considère comme tel. C'est sur cette conscience moyenne contemporaine que le juriste devra se guider, pour déclarer que telle ou telle convention est ou non contraire aux bonnes mœurs », écrivait M. Savatier (35). Et encore, précisément à propos de notre sujet, les libéralités entre concubins, M. Roux remarquait : « L'immoralité des donations entre concubins, et surtout la nécessité de rescinder ces libéralités, est-elle une de ces exigences sociales dont l'évidence s'impose à tous les esprits ? Il suffit de voir les journaux, les pièces du théâtre contemporain, les essais des moralistes et, ce qui est peut-être encore plus décisif, les conversations du monde ou de la rue, pour se convaincre du contraire. On peut se plaindre du relâchement des mœurs; on peut essayer de réagir contre ce qui peut être un affaiblissement de la moralité publique; mais c'est l'affaire du législateur d'y aviser. La jurisprudence n'a pas le droit de suppléer à la négligence du pouvoir législatif pour une pareille entreprise » (36).

Mais est-ce bien certain ? N'est-ce pas justement à la jurisprudence que revient normalement ce rôle ? N'est-ce pas à elle que le législateur a confié la tâche de décider de ce qui était contraire aux bonnes mœurs (36 a) ? Or, dans quel but a-t-il agi ainsi, sinon parce qu'il concevait que les tribunaux ont une fonction régulatrice à exercer ? Et cette fonction, ils n'ont pas paru désireux de l'abdiquer; on dirait au contraire qu'ils se considèrent — et avec raison, à notre avis — comme les dépositaires et les gardiens d'un idéal moral qu'ils ont le devoir de faire subsister. L'attitude de la jurisprudence à l'heure actuelle nous semblerait bien plutôt commander un point de vue exactement inverse de celui de M. Roux, à savoir que c'est au législateur à intervenir, s'il juge que la position conservatrice de la jurisprudence doit être modifiée en un sens plus libéral; que c'est à lui d'agir, s'il désire, sur tel point

(35) *Des Effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, thèse Poitiers, 1916, p. 348.

(36) Paul ROUX, « L'application des articles 1131 et 1133 du Code civil aux donations entre concubins », *Rev. crit.*, 1908, p. 247.

(36 a) Ph. MALAURIE, *L'Ordre public et le contrat*, n° 135, p. 100.

particulier, mettre le droit en accord avec la moralité moyenne courante.

71. — Ce n'est pas à dire que la position jurisprudentielle doive être figée irrémédiablement en dépit de toute évolution intellectuelle ou sociale. De cette évolution, le droit doit tenir compte; et les exemples ne manquent pas qui démontrent combien les tribunaux prennent cet élément en considération. Le contrat de courtage matrimonial en fournit une excellente illustration.

Jusqu'au début du ^{xx}^e siècle, ce contrat était unanimement jugé contraire aux bonnes mœurs (37), entre autres motifs parce qu'il apparaissait toucher au caractère sacré du mariage et introduire un élément de spéculation dans un acte dont devait être bannie « toute influence étrangère et intéressée ». La pratique du courtage matrimonial n'a pas disparu des mœurs pour autant et la multiplication des cas d'espèce a amené la jurisprudence à reviser graduellement sa position première; de sorte qu'aujourd'hui la validité de ce contrat est admise, mais à condition qu'il soit assorti de certaines garanties d'honnêteté. Or, un arrêt longuement motivé de la Cour de Colmar, du 18 novembre 1933, souligne précisément l'aspect qui nous intéresse ici : « Attendu, dit l'arrêt, que... il importe de tenir compte du fait que la jurisprudence de toutes les époques, sur la question de la légalité du contrat d'entremise en matière de mariage, a subi nécessairement l'influence directe des idées sur le mariage lui-même; que l'évolution de ces idées au cours des différentes époques a entraîné une variation parallèle et correspondante des conceptions sur le caractère moral et immoral du courtage matrimonial; que l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mai 1855, et la jurisprudence postérieure qui en a adopté le principe, ne peuvent plus avoir toute leur valeur aujourd'hui en raison des modifications incontestables qui se sont produites tant au point de vue législatif qu'au point de vue des idées et des mœurs » (38).

On est loin de la conception sociologique de la morale; on assiste tout simplement ici à un affinement du sens moral — c'est bien différent — que la jurisprudence a relevé dans les idées régnant à propos du mariage et dont elle a su faire son profit. le traduisant dans le langage juridique par des conditions d'honnêteté qu'elle se réserve le droit de rechercher : modalités de l'éta-

(37) Poitiers, 9 mars 1853, S. 1853.2.211 ; Cass., 1^{er} mai 1855, S. 1855.1.147 ; Paris, 24 août 1868, S. 1868.2.270 ; Paris, 17 octobre 1892, S. 1893.2.24.

(38) S. 1934.2.186.

blissement de la commission, rôle joué par le courtier entre les parties, etc. La sainteté du mariage n'en continue pas moins d'être proclamée, et le courtage matrimonial se trouve en conséquence assaini. Il n'y a rien là qui puisse s'interpréter comme une abdication par les tribunaux de leur fonction régulatrice, ni comme une complaisance à l'égard d'usages que, malgré leur immoralité, l'opinion publique admet. Le jurisprudence reste fidèle à sa mission et participe ainsi à la finalité du droit qui est de réglementer la vie des hommes vivant en société et, dans ce but, de conserver un droit de regard sur les conventions qui sont de nature à porter atteinte à l'harmonie sociale. Elle fournit une confirmation de la thèse de M. Ripert, lorsqu'il affirme : « La répétition de l'acte immoral ne le rend pas licite parce que l'immoralité devient coutumière. L'assentiment général n'est souvent que l'accoutumance au vice. La pitoyable consécration d'une pratique par une opinion égarée ne la légitime pas » (39).

72. — La résistance opposée par la jurisprudence à la conception sociologique de la morale apparaît avec encore plus de force dans le Québec (39 a), en raison de l'existence d'une quasi-unanimité religieuse qui fournit, pour l'élaboration d'une notion de bonnes mœurs, un fond chrétien commun. A moins d'un brusque revirement de l'orientation actuelle, il est donc peu probable que l'on cherche à légitimer certaines pratiques testamentaires par exemple, en se recommandant de leur fréquence. C'est sans conteste par référence à un idéal religieux que se détermine la notion québécoise des bonnes mœurs (39 b) : ce qui n'affaiblit d'ailleurs en rien la distinction du droit et de la morale. Les bonnes mœurs restent une notion purement juridique, mais par suite de l'existence sinon d'une religion, du moins d'une foi religieuse reconnue à peu près par tous, les emprunts que le droit peut faire à la morale chrétienne sont assurés de trouver un écho. Et ces emprunts peuvent dès lors être considérablement plus fréquents et avoués qu'en France. Il est d'ailleurs significatif, à ce propos, que l'on ait même

(39) *La Règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., n° 39, p. 72.

(39 a) Dans la cause Hébert v. Sauvé (1932), 38 R.L. n. s. 410 (*vide* 420-21) le juge TRAHAN rejetait même expressément la définition des bonnes mœurs proposée par DEMOGUE (*Traité des obligations en général*, T. II, Paris, Rousseau, 1923, n° 773 bis, p. 598) pour accepter l'opinion défendue par RIPERT dans son ouvrage *La Règle morale dans les obligations civiles*.

(39 b) J. PERRAULT, *Des Stipulations de non-responsabilité*, n° 82, p. 76 ; G.S. CHALLIES, *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1952, T. VII, p. 669. Sutherland v. Gariépy (1905), 11 R. de J. 314 (319) ; Hébert v. Sauvé (1932), 38 R.L. n. s. 410 (421) ; Leroux v. Robert (1948), R.L. n. s. 513.

essayé, à un certain moment, de faire triompher devant les tribunaux des règles de pure morale catholique (40). Juridiquement, pareille prétention était en définitive vouée à l'échec, mais la tentative, parce qu'excessive, est en elle-même extrêmement révélatrice de la faveur dont fait preuve la jurisprudence à l'égard de la règle morale (41). C'est ce contexte qu'il convient de ne pas perdre de vue, lorsqu'on cherche à déterminer l'immoralité d'un acte juridique en droit québécois. En somme, il existe certainement une morale de droit civil, nous voulons dire des règles que le droit a empruntées à la morale et s'est appropriées comme siennes, mais cette morale juridique est, par suite des circonstances particulières du milieu, si proche de la morale chrétienne que la distinction entre les deux ne ressort pas toujours avec toute la netteté qu'on pourrait exiger dans d'autres circonstances.

73. — On en a un exemple dans ce jugement d'un auteur québécois sur la moralité des legs faits par une personne à son concubin ou à ses enfants adultérins : « ... It is unthinkable that the Christian religion ever tolerated, or ever would tolerate, a principle (if such it deserves to be called) holding it as moral and right for vast property to fall into the hands of a testator's « adulterine bastard son » whilst the lawful wife and daughters were virtually passed over; it is unthinkable Christian morality ever allowed, or ever would allow, a concubine to receive the whole of a testator's estate whilst the brothers and sister were ignored » (42). L'atteinte portée à la morale est ici, en effet, particulièrement grave, tant de la part de l'homme qui, pour combler celle avec qui il a vécu en concubinage, dépouille sa femme et ses enfants, que de la part de celui qui lègue toute sa fortune à ses enfants adultérins, au mépris de sa famille légitime envers qui il a des obligations qu'il ne lui est pas permis d'ignorer.

(40) Taché v. Derome (1890), M.L.R., 6 C.S. 178 ; Sutherland v. Gariépy (1905), 11 R. de J. 314 ; Gagné v. Poulin (1923), 29 R. de J. 37.

(41) Sur toute cette question, la Doctrine est unanime : TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, T. VII, pp. 138-140 ; A. PERRAULT, « Ordre public et bonnes mœurs », R. du B., T. IX, 1949, pp. 7-16 ; BAUDOUIN, « L'ordre public et les bonnes mœurs en droit privé », R. du B., T. XIII, 1953, pp. 391-396 ; *id.*, *Le Droit civil de la province de Québec*, pp. 1271-1277.

(42) WASSERMAN, *op. cit.*, *Can. Bar Rev.*, 1952, T. XXX, pp. 193-194 : « ... Il est impensable que la religion chrétienne ait jamais toléré ou tolère jamais un principe (si cela mérite d'être ainsi appelé) qui tient pour moral et juste que des biens considérables échoient au fils adultérin du testateur, alors que la femme et les filles légitimes sont oubliées ; il est impensable que la morale chrétienne ait jamais permis, ou permette jamais qu'une concubine reçoive la totalité de la succession d'un testateur alors que les frères et la sœur sont ignorés. » Les italiques sont de nous.

Assurément entre les donations entre vifs et testamentaires le Code civil québécois fait une distinction majeure : tandis qu'il limite les premières à des aliments (art. 768 du Code du Québec), il autorise les secondes dans des proportions apparemment beaucoup plus larges. Mais s'il est vrai d'une part, et comme on l'admet (43), que la prohibition des donations entre vifs a été maintenue dans l'intérêt des bonnes mœurs, est-il d'autre part concevable qu'une libéralité faite dans les mêmes circonstances, mais à l'aide d'un instrument juridique différent, ne soit plus atteinte du même vice lorsque, précisément, la loi interdit les dispositions testamentaires contraires aux bonnes mœurs ? Il y aurait un grave illogisme à le soutenir. Certes, la loi a usé de techniques distinctes dans les deux cas ; et cela n'est pas indifférent. Si, au lieu d'édicter une incapacité pure et simple comme elle l'a fait pour les donations entre vifs adressées à un concubin ou à des enfants adultérins, la loi a préféré proclamer la liberté des libéralités testamentaires en la restreignant seulement dans les justes bornes de l'ordre public et des bonnes mœurs, c'est uniquement, nous semble-t-il, qu'elle a voulu laisser au testateur une faculté d'appréciation dont il est légitime qu'il puisse jouir au moment où il doit d'un côté assurer, pour le temps où il ne sera plus, l'avenir des personnes envers qui il se sent des devoirs, et de l'autre s'acquitter de ses obligations naturelles ou de conscience dont il est le seul juge. Mais cette justification elle-même repose sur l'idée présupposée qu'il sera fait de la liberté un usage raisonnable et conforme aux normes selon lesquelles doit s'exercer toute liberté, même sur le plan juridique. Ces normes sont même ici expressément rappelées : ce sont l'ordre public et les bonnes mœurs. Fondamentalement, la situation n'est donc pas tellement différente de celle existant en vertu du droit civil français, lequel fait moins confiance à la sagesse du testateur en assignant d'office la part de chaque héritier, mais abandonne toutefois à sa libre disposition une quote-part des biens — c'est la quotité disponible — conscient que l'égalité mathématique n'est pas toujours l'égalité la plus juste et que les circonstances d'une vie humaine peuvent avoir fait naître certaines obligations que la loi seule est impuissante à prévoir. C'est dans cette perspective que doit être interprété le principe de liberté que traduit l'article 831 du Code du Québec, si l'on ne veut pas en faire un principe de licence.

(43) DE LORIMIER, *op. cit.*, p. 265 ; MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, p. 44 ; TRUDEL, *op. cit.*, T. VII, p. 90.

74. — Cependant, quand nous disons qu'un legs du type de ceux que nous examinons présentement doit être déclaré nul parce qu'il est immoral, notre affirmation est incomplète, car, bien entendu, la morale est une chose et les bonnes mœurs en sont une autre. Mais si on a raison d'affirmer que les bonnes mœurs sont partie de l'ordre public, il faut encore ajouter que cette forme d'immoralité ne doit être réprimée par le droit que parce qu'elle porte atteinte à la famille et, par delà, à l'ordre social tout entier. Et cette considération est primordiale, lorsque l'on cherche à définir avec plus de précision en quoi un legs en faveur d'un concubin ou d'un enfant adultérin heurte les bonnes mœurs.

Si nous affirmions que l'immoralité réside dans la personne même du légataire, c'est-à-dire dans sa qualité de concubin ou d'enfant adultérin, nous irions directement à l'encontre de la loi, puisque cela reviendrait à déclarer ces personnes incapables de recevoir alors que, depuis 1801, les incapacités dont elles étaient frappées ont disparu. On arriverait d'ailleurs ainsi à annuler tout legs adressé à un concubin ou à un enfant adultérin, même par un tiers étranger : la qualité de concubin et d'enfant adultérin entraînerait une véritable déchéance, une mort civile en quelque sorte. D'autre part, ni le concubinage ni l'adultère, malgré leur caractère indéniablement immoral, ne sont en soi de nature à entacher le legs lui-même, puisque soutenir le contraire équivaudrait à nier qu'un tel legs pût procéder d'une pensée tout à fait louable, comme le désir de réparer les torts dont le testateur a pu se rendre coupable ou de s'acquitter d'une obligation naturelle. Et dans une telle éventualité, nul doute que le tribunal reconnaîtrait la légitimité des motifs auxquels le testateur a obéi. Mais nous touchons là à un autre aspect de la question, celui de la cause, que nous aurons à examiner bientôt.

Le concubinage, bien qu'immoral, ne peut pas être dit contraire aux bonnes mœurs tant qu'il ne fait que heurter la morale individuelle. Pour que la violation d'une règle morale, si impérieuse soit-elle, entre dans le champ de préoccupation du juriste, il faut en même temps qu'elle entraîne des répercussions nocives sur le plan social. Et c'est pourquoi, pour annuler une disposition testamentaire comme contraire aux bonnes mœurs, il ne suffit pas de considérer la qualité du légataire, non plus que le caractère des relations qui unissent celui-ci au testateur. C'est la conduite de ce dernier qui est, en l'espèce, répréhensible; et la disposition testamentaire qui en est la matérialisation doit, en conséquence, être invalidée. Il s'agit donc d'un élément objectif qui doit être apprécié non pas en fonction de l'intention qui a pu guider le testateur, mais des seuls effets que son comportement a effectivement pro-

duits. « De même que l'évangile juge un arbre à ses fruits, écrit M. Malaurie (43 a), le juriste apprécie la validité d'un acte juridique en fonction des résultats qu'il produit. » Ce qui est contraire aux bonnes mœurs, c'est que la famille légitime au sens strict, c'est-à-dire le conjoint et les enfants, soit déshéritée totalement ou dépouillée d'une part exagérée des biens du *de cuius*, au profit d'un concubin ou d'un enfant adultérin. Peu importe d'ailleurs que cette exhéredation intervienne, comme ce sera parfois le cas. à l'insu du testateur lui-même, s'il a, par exemple, par des legs particuliers, épuisé l'actif successoral. Le droit n'a pas ici à juger du degré de culpabilité ou de responsabilité personnelle; la seule chose dont il doive connaître, c'est de l'atteinte grave que porte à l'ordre social une situation immorale. Sur le terrain de la cause — et c'est le troisième point de notre démonstration — il n'en va pas de même, car là l'intention du disposant est déterminante.

SECTION III

DISPOSITION DONT LA CAUSE EST ILLICITE

75. — Nous avons déjà eu l'occasion de noter l'intérêt que présente, pour le juriste québécois, la position à laquelle s'est ralliée la jurisprudence française en matière de libéralités entre concubins (n° 53). La situation, du seul point de vue légal, fournit, en effet, des points de rapprochement extrêmement frappants qui invitent à une comparaison plus détaillée.

Le Code civil français n'a pas cru devoir retenir, même en ce qui concerne les donations entre vifs, l'incapacité dont l'Ancien droit frappait les concubins et qui, comme on l'a déjà vu, a subsisté partiellement dans le Code civil québécois (art. 768 du Code du Québec). Sur le plan des libéralités testamentaires, les deux droits peuvent donc aisément être mis en parallèle. Et pourtant l'absence de réglementation sur la matière n'a jamais conduit la jurisprudence française à renoncer à son droit de regard et de contrôle. Elle a invoqué, pour justifier son attitude, les articles 1131 et 1133 du Code civil qui annulent l'obligation fondée sur une cause contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Elle échappait ainsi au reproche de faire renaître l'ancienne incapacité; mais un autre obstacle, plus grave, devait gêner sa liberté d'action; et cet obs-

(43 a) *L'Ordre public et le contrat*, n° 272, p. 183.

tacle, c'était la théorie classique de la cause objective. Comment, en effet, arriver à qualifier d'illicite ou d'immorale la cause d'une libéralité, si cette cause est invariablement l'*animus donandi*, c'est-à-dire l'intention de gratifier; car cette intention, de toute évidence, est toujours un élément abstrait. Aussi la Cour de cassation avait-elle, dès 1860, adopté une nouvelle attitude qu'elle a maintenue depuis et qui a finalement réussi à triompher des critiques que lui a adressées la Doctrine. Dans cet arrêt du 31 juillet 1860 (44), la chambre des requêtes déclarait : « Attendu qu'en droit, les dispositions à titre gratuit sont nulles tout aussi bien que les dispositions à titre onéreux, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite; et que l'on devrait considérer comme telle la libéralité faite par un testateur au profit de ceux qu'il croyait être ses enfants adultérins, si d'ailleurs il était prouvé que cette libéralité n'a eu pour mobile et pour cause déterminante que l'opinion qu'il avait de sa paternité. » L'expression légèrement modifiée fit fortune : c'est la théorie de la « cause impulsive et déterminante » qui devait, à partir de ce moment, servir à annuler les libéralités immorales.

La jurisprudence a toujours maintenu toutefois, sous ce rapport, une nette distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. Dans les premiers, pour que le but immoral ou illicite entraîne la nullité de la convention, il est nécessaire ou bien que les parties aient agi de concert en vue d'atteindre ce but, ou bien que l'une d'elles, agissant dans ce but, ait fait connaître à l'autre son intention. Il faut en somme que les cocontractants se soient associés consciemment à l'immoralité ou à l'illicéité. Dans l'acte à titre gratuit, au contraire, il suffit que la cause finale et déterminante qui a motivé le geste du donateur soit immorale. Et l'on explique cette différence par le fait que le donataire qui se voit privé de la libéralité qui lui était adressée n'est pas, à strictement parler, appauvri, mais encourt seulement un manque à gagner (45).

76. — Quand on se tourne maintenant du côté du droit civil du Québec, on est étonné de voir se dégager, malgré la pauvreté de la littérature, une situation en plusieurs points comparable à celle que le droit français a atteinte après de longues controverses doctrinales. Pourtant ici, comme il est arrivé en maint autre domaine, c'est par un chemin différent que le droit québécois est parvenu à

(44) S. 1860.1.833.

(45) DORAT DES MONTS, *La Cause immorale*, n° 100, p. 84. Sur toute cette question, voir la même étude, n° 83, p. 71, et n° 97, pp. 82-83.

des résultats analogues, en dépit de l'équivalence des textes qui ont servi de point de départ. L'article 989 du Code du Québec édicte, en effet, que : « Le contrat sans considération » — le Code emploie indifféremment les mots « cause » et « considération » — « ou fondé sur une considération illégale, est sans effet »; et l'article 990 du Code du Québec ajoute : « La considération est illégale quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

Or, jusqu'à une époque récente, la Doctrine est restée fidèle à la théorie classique de la cause objective, s'appliquant à distinguer soigneusement la cause des motifs (46); distinction que la jurisprudence ne pouvait d'ailleurs pas accepter intégralement, sous peine de renoncer à son pouvoir de contrôle. « Les auteurs sont accoutumés (*sic*) de décrire la cause, reconnaît M. Trudel (47), en l'opposant aux motifs : le motif serait le but personnel, médiat souvent lointain qui pousserait une personne à souscrire un contrat; la cause, elle, est le but immédiat que l'on veut atteindre par le consentement au contrat, par l'obligation qu'on assume. D'où l'on différencie le motif de la cause en exagérant leurs qualités propres : le motif est varié, insaisissable; la cause a une stabilité, une figure, stéréotypée que l'on rencontrera dans tous les contrats de même facture (...). Or, opposer ainsi motif et cause, c'est obéir à cette vieille habitude de séparer l'ordre psychologique de l'ordre juridique. Or, en réalité la séparation nette n'est pas possible; les plus ardents défenseurs de la cause objective finissent par le reconnaître. »

Ces observations sont d'ailleurs surtout vraies en matière de libéralités, car en ce qui concerne les actes à titre onéreux, on exige, comme en droit français, que le motif soit extériorisé, qu'il soit connu des parties, pour autoriser l'investigation du tribunal. Dans les actes à titre gratuit au contraire, et particulièrement dans les legs, la cause ne sera pas exprimée; mais l'acte n'en est pas moins valable, dit l'article 989 du Code du Québec. Qu'est-ce à dire, sinon que la loi présume en ce cas l'existence d'une cause valable? Cette présomption n'est toutefois pas absolue et cèdera devant la preuve contraire. Non seulement les tiers, mais aussi l'une des parties pourra, même à l'aide de la preuve testimoniale, démontrer l'inexistence juridique de la cause, c'est-à-dire son illicéité ou son immoralité (48). Par ce moyen, la

(46) BILLETTE, *op. cit.*, n^{os} 70-71, pp. 38-40.

(47) *Traité de droit civil du Québec*, T. VII, pp. 109-110.

(48) *Ibid.*, pp. 115-120 et 123 ss.

jurisprudence a réussi, sans rejeter ouvertement la théorie classique, à adopter une attitude réaliste et satisfaisante (49).

77. — Et pourtant, on chercherait en vain, dans toute la jurisprudence québécoise, une seule tentative pour appliquer à la matière des legs entre concubins la théorie de la cause dont nous venons de rappeler les grandes lignes. Cela ne tient assurément pas au fait que les dispositions du Code sur le sujet soient placées au chapitre des contrats ; il a toujours été reconnu que leur application s'étendait au delà du seul champ contractuel et que tout acte juridique créateur de droit ou d'obligation, dès lors qu'il est l'œuvre d'une volonté humaine, devait, pour être valide, avoir une cause (50). Bien mieux, quelques décisions ont même, en invoquant une erreur sur la cause (51), annulé des dispositions testamentaires. C'est ainsi qu'une femme fut privée du bénéfice du legs que son mari avait adressé spécifiquement à son « épouse bien-aimée », alors que, depuis l'époque de la rédaction du testament le mari avait été interdit pour aliénation mentale et que la femme avait obtenu un divorce (52). Ce n'est pas non plus que les libéralités entre concubins soient regardées d'un œil particulièrement favorable par la jurisprudence. Malgré l'incapacité spéciale dont sont frappés les concubins par l'article 768 du Code du Québec, il n'est pas rare en effet de voir des arrêts faire en outre appel à l'immoralité manifeste de la cause pour prononcer l'annulation d'une pareille donation (53).

A quoi tient donc que l'on n'ait jamais essayé d'étendre aux legs entre concubins une théorie qui, loin de rencontrer sur le plan juridique quelque obstacle, semblerait devoir trouver là un champ d'élection ? Nous ne voyons, pour notre part, qu'une seule explication : c'est qu'on aurait craint, par ce moyen, d'aller à l'encontre de la liberté illimitée de tester. La suppression de l'ancienne incapacité a été interprétée comme entraînant la validation automatique de toutes les libéralités testamentaires qui auraient été antérieurement annulées, parce qu'on a dressé entre le principe de la liberté de tester et le droit commun une cloison étanche, que les circonstances n'ont d'ailleurs pas aidé

(49) *Courteau v. Viau* (1920), 58 C.S. 257 (264) ; *Martineau v. Filiatrault* (1930), 68 C.S. 194 ; *Daoust v. Lavigne* (1941), 71 B.R. 22.

(50) *TRUDEL, op. cit.*, pp. 107 et 115.

(51) *Russell v. Lefrançois* (1882), 8 R.C.S. 335 (350) ; *Dunbar v. Murray* (1940), 78 C.S. 458.

(52) *Dunbar v. Murray, supra.*

(53) *Courteau v. Viau* (1920), 58 C.S. 257 (264). *TRUDEL, op. cit.*, p. 90.

à abattre (54). Mais la récente apparition de litiges en annulation d'un testament par lequel un mari dépouille sa famille pour avantager sa concubine, pourrait fournir à la jurisprudence l'occasion d'adopter une nouvelle attitude ; et c'est pourquoi il nous paraît important d'esquisser les principes dont on devrait tenir compte. Nous le ferons en nous inspirant de la jurisprudence française, soucieux toutefois d'en adapter les solutions aux conditions particulières du système juridique québécois.

78. — Or, pour caractériser l'illicéité de la cause des libéralités entre concubins, aussi bien entre vifs qu'à cause de mort, la jurisprudence française a trouvé une expression extrêmement heureuse, qui est susceptible de servir de guide sûr, parce qu'elle est le résultat d'une juste observation psychologique. La libéralité, déclare-t-elle, est frappée de nullité lorsqu'elle a eu pour cause soit la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux, soit leur rémunération. L'acte, en revanche, n'a pas un caractère immoral, s'il est destiné à assurer la rupture d'une situation irrégulière et à satisfaire un devoir de conscience et de réparation (55). Et la formule a rapidement emporté l'adhésion unanime de la Doctrine (56), même si, comme nous le verrons, sa mise en pratique peut parfois soulever des critiques. Ne reposant pas sur ce que la théorie de la cause peut, dans la conception française, comporter de singulier et de distinctif, mais n'étant que l'explicitation des éléments qui constituent l'immoralité d'une libéralité entre concubins, cette formule nous semble pouvoir sans inconvénient être adoptée au moins comme base de discussion. Aussi est-ce à partir d'elle que nous proposons d'analyser les hypothèses dans lesquelles un legs entre concubins devrait être annulé comme fondé sur une cause immorale.

(54) Cf. *supra*, chap. IV.

(55) Req., 7 mars 1904, S. 1907.2.241, note HÉMARD, et D. 1905.2.305, note PLANIOL ; Paris, 23 juillet 1914, D.P. 1918.2.51 ; Lyon, 30 mars 1916, S. 1918.2.51 ; Req., 8 juin 1926, D.P. 1927.1.113, note R. SAVATIER ; Req., 29 juin 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.2.517 ; Paris, 16 novembre 1927, D.H. 1928.57 ; Req., 28 octobre 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.2.933 ; Luxembourg, 14 juillet 1933, S. 1934.4.27 ; Civ., 20 juillet 1936, D.H. 1936.441 ; Req., 12 janvier 1937, D.H. 1937.145 ; Civ., 14 octobre 1940, D.H. 1940.174 ; Paris, 12 mai 1944, D. 1945.90 ; Nancy, 25 juillet 1951, D. 1951. Somm. 83.

(56) SERRAND, *La Condition de viduité apposée aux libéralités*, thèse Paris, 1920, pp. 23-24 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. V, par TRASBOT et LOUSSOUARN, n° 266, pp. 364-367 ; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. III, 3° éd., n° 1458, p. 870 ; SAVATIER, *Cours de droit civil*, T. III, 2° éd., n° 827, p. 416 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, 4° éd., par BOULANGER, n° 3524, p. 1125 ; COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, 10° éd., par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, n° 100, pp. 70-71.

79. — Autant la formule de la jurisprudence française paraît pertinente lorsqu'on l'applique aux donations entre vifs, autant son utilité semble restreinte lorsqu'on la transpose aux libéralités testamentaires. A première vue, en effet, l'unique cas où l'on conçoit aisément qu'un legs entre concubins puisse reposer sur une cause immorale est celui où il aurait été fait dans l'intention de rémunérer une personne de ses complaisances coupables. Le legs constituerait alors à proprement parler le *pretium stupri*, le prix de relations passées entre le testateur et le légataire. Il n'est nul besoin d'insister sur le caractère scandaleux de telles relations ; et les difficultés que l'on peut soulever à propos d'autres hypothèses, du fait que la donation par le concubin à sa complice ne prend effet qu'au décès du donateur, ne surgissent pas ici : le propre de la rémunération n'est-il pas en effet d'être versé postérieurement aux services fournis ?

Tout le problème se ramène donc à savoir si le legs a véritablement été dicté par le dessein de récompenser la concubine de ses « services » et de perpétuer ainsi le souvenir de l'union ancienne. Naturellement, les circonstances de chaque cas d'espèce permettent au tribunal d'en décider ; mais, comme le remarquait fort justement M. Savatier, « en pratique, il y aura toujours un peu de cette raison-là dans la libéralité. » (57) Surtout, ajouterons-nous, lorsque la quotité du legs est importante par rapport à la fortune du testateur.

80. — Faut-il considérer également que le caractère adultérin des relations de concubinage constituent une circonstance susceptible de faire présumer l'absence de désintéressement de la libéralité ? La jurisprudence française ne l'a pas cru, qui a toujours affirmé — à une exception près cependant (58) — que « le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretiendrait avec la bénéficiaire de la disposition des relations illicites et même adultères ne suffit pas pour invalider l'acte » (59).

En dépit de ces affirmations répétées, la Doctrine n'a jamais

(57) « Chronique de jurisprudence », *Rev. trim.*, 1926, p. 204. COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, T. III, n° 1382, p. 719.

(58) Grenoble, 25 février 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.2.48. LANDRE, *Le Concubinage devant la loi et la jurisprudence modernes*, thèse Nancy, 1921, p. 33.

(59) Civ., 20 juillet 1936, D.H. 1936.441. Voir dans le même sens : Paris, 5 mai 1925, S. 1925.2.59 ; Marseille, 25 novembre 1925, *Gaz. Pal.* 1926.1.138 ; Paris, 16 novembre 1927, D.H. 1928.57 ; Colmar, 18 octobre 1929, D.P. 1931.2.94 ; Seine, 2 janvier 1931, S. 1931.2.45 ; Req., 28 octobre 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.2.933 ; Nancy, 25 juillet 1951, D. 1951. Somm. 83.

acquiescé à cette attitude (60). Bien entendu, le concubinage n'est pas en soi suffisant pour créer une présomption de captation ou de manœuvres frauduleuses, même lorsqu'il se double d'adultère : dans cette perspective, la position de la jurisprudence est entièrement justifiée. Mais là n'est pas la question, puisque c'est sur le seul plan de la cause que le problème se pose désormais. Or, est-il si certain que le caractère adultérin des relations hors mariage n'aggrave pas l'immoralité de ces dernières ? Est-il si certain que cette immoralité « aggravée » est indifférente, lorsqu'il s'agit de rechercher les motifs auxquels a obéi le concubin adultère ? L'acte par lequel un conjoint, pour assurer l'avenir de celle avec qui il a vécu, au mépris de ses devoirs conjugaux, et la remercier de ses complaisances, déshérite son épouse légitime et ses enfants est une offense particulièrement grave à la morale, car il porte directement atteinte à la famille et à l'ordre social. Le concubinage simple, au contraire, n'engendre pas pareilles répercussions. C'est pourquoi, si une relative tolérance à l'égard de ce dernier est parfois admissible, la moindre indulgence envers le concubinage adultère paraît injustifiable, car son caractère éminemment immoral et antisocial suffit à infecter le legs qui en est la rémunération (61). On ne devrait qu'avec les plus expresses réserves et une prudence extrême admettre qu'un conjoint adultère puisse, pour une cause louable, gratifier sa concubine, même par testament, lorsque c'est au préjudice de sa famille légitime qu'il le fait.

81. — Si le legs qui a pour but la rémunération des rapports illicites constitue le cas le plus évident et peut-être aussi le plus fréquent d'application de la théorie de la cause immorale aux libéralités testamentaires entre concubins, il ne faut cependant pas écarter *a priori* l'hypothèse où un legs aurait été consenti en vue de l'établissement ou de la continuation de relations de concubinage. Ce serait, nous semble-t-il, sur le plan psychologique, manquer de réalisme ; et sur le plan juridique, donner une réponse trop hâtive aux questions qui sont impliquées.

82. — Quelques auteurs ont tenté de faire admettre le principe de la validité automatique des libéralités entre concubins, dès

(60) R. MOREL, *Rev. crit.*, 1927, p. 259 ; JOURDAIN, *Les Faux ménages dans leurs relations avec les tiers et spécialement avec la famille légitime*, thèse Lille, 1933, p. 112 ; GRUWEZ, *L'Evolution de la législation et de la jurisprudence en ce qui concerne les droits de la concubine*, thèse Lille, 1935, p. 129 ; SAVATIER, *Cours de droit civil*, T. III, n° 827, p. 416 ; DORAT DES MONTS, *La Cause immorale*, n° 28, pp. 22-24 et n° 32, p. 28.

(61) Note de M. SAVATIER sous Req., 8 juin 1926, D.P. 1927.1.113.

lors que ces libéralités avaient été réalisées au moyen d'un testament. La raison de cette distinction selon l'instrument juridique employé reposerait sur le fait que d'un côté le légataire ignore généralement jusqu'au décès du testateur, l'existence du legs dont il est bénéficiaire, et que de l'autre, le testament étant de sa nature révocable, le légataire n'est jamais assuré de toucher le legs qui lui est adressé, tant que la mort du testateur n'a pas rendu définitive l'expression de sa volonté. Ce qui a pu inciter ces auteurs à élaborer cette explication pourrait bien être le désir de justifier la multiplicité des décisions qui se refusent à annuler un legs pour cause immorale. S'il est relativement rare, en effet, de voir un legs entre concubins invalidé (62), il n'en demeure pas moins que c'est invariablement en se fondant sur le fait que l'existence d'une cause immorale n'a pas été démontrée, et non sur la prétendue distinction entre le testament et la donation entre vifs, que les tribunaux rejettent l'action (63). L'affirmation de principe reste vraie — et c'est ce qui importe — quelle que soit la proportion des décisions qui reconnaissent le bien-fondé de l'action en annulation du legs ou du testament.

S'il fallait, comme certains l'on proposé, valider systématiquement tous les legs entre concubins sous prétexte que le testament est un instrument juridique qui met la libéralité à l'abri de tout soupçon, ne voit-on pas à quel résultat étrange on serait conduit : celui d'encourager les concubins à recourir, pour réaliser leur dessein, à un moyen dépourvu de tout risque et dont on admettrait par avance la plus complète efficacité. « Les amants deviendront vite d'excellents civilistes », disait ironiquement Trasbot (64). N'y a-t-il pas une certaine naïveté à croire que l'espoir de bénéficier d'un legs n'est pas de nature à déterminer une personne à conformer sa conduite à l'effet qu'elle en attend ? Il n'est pas rare de voir, par exemple, quelqu'un réclamer par action *de in rem verso* un dédommagement pour les soins prodigués à un parent ou à un ami dans l'espérance — que les événements se sont par la suite chargés de démentir — de bénéficier de sa

(62) Voir cependant : Req., 4 mars 1914, S. 1914.1430 ; Grenoble, 25 février 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.248 ; Luxembourg, 14 juillet 1933, S. 1934.427 ; Civ. Bruxelles, 2^e ch., 24 décembre 1957, *Rev. prat. du not. belge*, 1958, T. 80, p. 296.

(63) Civ., 10 août 1885, S. 1888.1470 ; Paris, 15 février 1893, D.P. 1893.2416 ; Paris, 14 novembre 1894, D.P. 1895.2115 ; Toulouse, 25 juin 1900, D.P. 1901.2313 ; Paris, 10 décembre 1934, D.P. 1935.21.

(64) « Jurisprudence civile », *Rev. crit.*, 1929, p. 452.

succession (65). Le testament n'élimine pas, psychologiquement, tout calcul sordide tant de la part du testateur que du légataire éventuel. M. Planiol notait même fort justement que « une femme avisée préférera être gratifiée par testament, puisque les juges se montrent si faciles pour en admettre la validité, plutôt que de recevoir une donation dont l'annulation serait à peu près certaine. De son côté, son amant aimera mieux employer le procédé d'une disposition de dernière volonté, puisqu'il y trouvera une plus grande certitude pour que sa générosité ait son effet. » (66) Et la technique du testament, en laissant peser sur la concubine la menace d'une révocation, incitera même celle-ci à toutes les concessions pour dissuader son amant de mettre fin à leurs relations. Le testament exercera une pression morale puissante et produira sur la concubine un « effet à long terme » pour lequel la donation entre vifs est un moyen impuissant et inadapté. C'est une assurance très efficace contre les risques d'ingratitude !

83. — Si, sur le seul plan psychologique — qui n'est pas sans importance dès qu'il est question de cause — l'on ne doit pas écarter *a priori* la possibilité qu'un legs ait été consenti dans le but d'établir ou de continuer des relations immorales entre concubins, sur le plan juridique on peut également faire valoir certains arguments en faveur de cette position. L'obstacle majeur que l'on soulève est que, le testament ne prenant effet qu'au décès de son auteur, il ne saurait être influencé par une cause antérieure à ce moment et que, par conséquent, il importe peu que le testateur ait en fait usé de ce moyen pour persuader sa concubine d'établir ou de continuer des relations illicites avec lui.

Le véritable problème, on le voit, revient donc à se demander à quelle époque il faut se placer pour apprécier la moralité ou l'immoralité de la cause d'un testament. Si c'est au moment du décès du testateur, l'objection est pertinente et décisive : hors le cas où le concubin aurait eu en vue la rémunération des « services » de sa compagne, le legs devra toujours être validé. Mais si, au contraire, c'est au moment de la rédaction du testament qu'il faut se placer, les tribunaux ont alors pleine liberté pour scruter les intentions du testateur.

Ce dernier parti nous semble le seul compatible avec les principes ordinaires de l'interprétation juridique. Pour quelle raison

(65) Bernier *v.* Bernier (1901), 7 R. de J. 277 ; Boisvert *v.* Bélanger (1930), 43 B.R. 395. A. MOREL, *L'Evolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Montréal, 1955, pp. 92-94.

(66) Note sous l'arrêt de Rennes, 7 mars 1904, D. 1905.2.305.

devrait-on en effet déroger ici au droit commun, selon lequel les conditions de validité d'un acte s'apprécient à la date de cet acte ? Or, la cause constitue bien l'une de ces conditions qui, aux termes du Code civil tant français que québécois (art. 1103 du Code civil et 984 du Code du Québec), sont nécessaires pour la validité d'une convention. Comme l'écrit M. Voirin (67) : « Le testament est un acte juridique dès l'instant de sa rédaction ; il s'analyse en une déclaration de volonté dont l'émission est reculée au décès de son auteur ; or, au décès, c'est cette déclaration initiale de volonté qui est émise ; pour en apprécier la validité, il faut donc se placer au jour où elle est intervenue. Telle est la solution unanimement admise en ce qui concerne la capacité de disposer à titre gratuit chez le testateur ; on n'aperçoit aucune raison de s'en écarter en ce qui concerne l'appréciation de la cause du legs. » Et M. Planiol écrit dans le même sens (68) : « ... on ne voit pas pourquoi la question de date qui joue un si grand rôle au cas de donation entre vifs, n'a aucune importance en matière de testament. » On peut même trouver, dans l'article 835 du Code civil du Québec, une confirmation de ce point de vue. Cet article, qui n'a cependant pas d'équivalent au Code civil français, nous dit en effet que « la capacité du testateur » — et la capacité constitue elle aussi une condition de la validité des conventions — « se considère au temps de son testament ».

Il nous semblerait donc que le fait que la rédaction du testament, qui contient un legs en faveur d'une concubine, ait eu lieu soit au début soit pendant la durée du concubinage soit un élément non négligeable dans l'appréciation de la cause du legs.

Un jugement récent du tribunal civil de Bruxelles (68 a) a ainsi reconnu que des dispositions testamentaires faites par un concubin adultère avaient eu « pour mobile déterminant, le maintien ou la rémunération des relations immorales », en observant que les testaments litigieux avaient été dictés, l'un alors que le testateur entretenait depuis un certain temps déjà des relations illicites avec la légataire, l'autre à une époque où il avait établi son domicile chez sa concubine.

84. — Il faut bien convenir enfin qu'un legs adressé par un conjoint adultère à son concubin ou à ses enfants adultérins puisse procéder d'une intention honnête, ou mieux louable. Ce sera, par

(67) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., T. VI, par VOIRIN, n° 44, p. 58.

(68) Note sous l'arrêt de Rennes, 7 mars 1904, *supra*.

(68 a) Civ., Bruxelles, 2^e ch., 24 décembre 1957, *Rev. prat. du not. belge*, 1958, T. 80, p. 296.

exemple, le désir de s'acquitter d'un devoir de conscience, de réparer le tort qu'on a pu causer à la personne qu'on a entraînée dans une union irrégulière, ou de ne pas laisser dans le dénuement ceux qui sont nés de cette union. Pareilles motivations ne contiennent rien de répréhensible au regard du droit civil québécois. Le Code français cependant interdit aux père et mère de léguer à leur enfant adultérin reconnu plus que des aliments (art. 908 du Code civil) et la jurisprudence annule en conséquence le legs déterminé par la conviction qu'avait le testateur de sa paternité adultérine à l'égard du légataire (69). D'autre part, les père et mère d'un incapable étant réputés personnes interposées, s'il est né du concubinage un enfant adultérin reconnu par le testateur, ce dernier ne pourra plus rien léguer à sa concubine (art. 911 du Code civil). Comme cette réglementation n'a pas été reproduite par le Code québécois, — et l'on sait que ce n'est pas parce que la famille légitime y tient une place moins fondamentale — on peut admettre sans ces réserves la généralité du principe que nous avons formulé.

85. — Et pourtant, ajouterons-nous, une certaine prudence n'est pas inopportune. Et ce serait se départir de cette prudence, nous semble-t-il, que d'admettre qu'une idée de réparation ou qu'un devoir de conscience ait guidé exclusivement le testateur, lorsque celui-ci a pratiquement dépouillé sa femme et ses enfants légitimes pour combler sa concubine ou ses enfants adultérins. Il y a quelque chose de scandaleux à voir, par exemple, un tribunal déclarer que les donations, par un concubin à sa compagne, d'une villa, de divers terrains et de meubles « avaient pour objet d'assurer, dans le présent et dans l'avenir, l'existence de celle à qui il avait uni sa vie pendant plusieurs années et de réparer le préjudice qu'il avait pu lui causer moralement par le fait même de leurs relations » (70). On comprend M. Savatier d'écrire à ce propos : « Voilà, n'est-il pas vrai, de singulières appréciations. Leurs auteurs sont pourtant des juristes. Ils n'ignorent sûrement pas que l'homme marié qui entretient la concubine et habite avec elle commet, comme elle, un délit correctionnel. Et cependant, ils trouvent qu'il y a, de la

(69) Req., 31 juillet 1860, S. 1860.1.833 ; Amiens, 14 janvier 1864, S. 1864.2.11 ; Paris, 11 août 1866, S. 1867.2.137 ; Req., 6 décembre 1876, D.P. 1877.1.492 ; Orléans, 16 février 1881, S. 1884.1.211 ; Aix, 5 janvier 1882, D.P. 1882.2.131 ; Paris, 16 juin 1884, D.P. 1885.2.254 ; Req., 29 juin 1887, D.P. 1888.1.295 ; Limoges, 27 février 1900, D.P. 1902.2.281 ; Caen, 14 février 1934, S. 1934.2.183 ; Poitiers, 23 mars 1943, S. 1944.2.45, note HUBERT.

(70) Paris, 8 juillet 1926, D.H. 1926.488.

part de ce personnage, une obligation naturelle à laisser en souvenir, à sa complice, la villa où le délit s'est perpétré. Ils n'ignorent pas que le mariage entraîne pour l'homme un devoir de fidélité, et pourtant, ils blâment la concubine de cesser de se mettre en travers de ce devoir » (71).

N'est-il pas suprêmement illogique d'admettre une idée de réparation, là où des intérêts supérieurs et que la loi se préoccupe de protéger, sont lésés ? N'est-il pas étrange que, pour réparer ses torts, on se rende coupable de torts plus graves ? N'y a-t-il pas quelque incohérence enfin à approuver la moralité de l'acte par lequel une personne tout à la fois manifeste une pensée d'affection et de prévoyance à l'égard de sa concubine et se désintéresse totalement du sort de son épouse et de ses enfants ? Autant il est légitime que, poussé par un sentiment respectable, un homme veuille, par son testament, effacer ses erreurs passées ou en atténuer les suites, autant il est inadmissible que, pour ce faire, il dépossède ceux envers qui il a contracté les plus impérieux devoirs. « When a man, écrivait encore M^e Wasserman (72), bequeaths the whole of his estate to his concubine (or to their adulterine child) and leaves to the winds of fate his lawful wife and children, what is the ascertainable cause ? It cannot — to a reasonable person at least — be reparation. How can one speak of reparation in a case where the lawful wife and children are so cruelly treated ? »

La conciliation d'un devoir de conscience à l'égard de son ex-concubine ou de ses enfants adultérins et de ses obligations familiales est possible, mais elle doit se faire sans pour autant promouvoir le concubinage au rang d'une institution légale. L'union libre reste un état antisocial, une union essentiellement précaire et instable où chaque partenaire s'est délibérément réservé un droit de dédit. Dans le mariage, au contraire, ainsi que le notait M. Le Balle, les époux demeurent « les instruments constants et directs de la promotion de cette finalité qui les dépasse et dans laquelle doivent s'absorber toutes leurs activités. C'est là ce qui, juridiquement, distingue le mariage de l'union libre. Les résultats de celle-ci, étrangers à cette finalité et à cette permanence — soit qu'ils pâtissent de l'instabilité que leur impose la fantaisie de partenaires qui cherchent leur satisfaction dans le changement, soit même qu'ils se

(71) *Le Droit, l'amour et la liberté*, n° 63, p. 115.

(72) *Op. cit.*, *Can. Bar Rev.*, T. XXX, 1952, pp. 194-95 : « Lorsqu'un homme lègue la totalité de sa succession à sa concubine (ou à son enfant adultérin) et abandonne à leur sort sa femme et ses enfants légitimes, quelle est la cause réelle ? Ce ne peut pas — au moins pour une personne raisonnable — être une idée de réparation. Comment parler de réparation dans un cas où la femme et les enfants légitimes subissent un traitement si cruel ? »

trouvent stabilisés par la cristallisation des habitudes prises — *demeurent sur le terrain du fait* et gardent la fragilité des situations de fait » (73). Situation de fait dont les tribunaux ne peuvent ignorer les conséquences juridiques, mais situation de fait irrégulière, on ne doit pas l'oublier.

C'est pourquoi l'idée de réparation ne doit être admise que de façon très prudente et seulement lorsque son admission n'équivaut pas à conférer au concubinage adultère une prééminence sur le mariage. Le legs adressé à une concubine ou à des enfants adultérins et dont la quotité est exagérée par rapport à la fortune du *de cuius* est exclusif de l'idée de réparation. C'est en vain qu'on voudrait le couvrir du manteau des bons sentiments : son montant même trahit trop bien l'intention véritable de son auteur. En cette délicate matière, il y a donc une question de dosage dont les tribunaux sont juges, mais qui ne trompe pas, lorsque la famille légitime est complètement ou presque complètement dépouillée : il n'appartient pas à cette dernière de faire les frais des égarements de son chef.

86. — On pourra certes alléguer que, souvent, des éléments objectifs comme le caractère adultérin du concubinage, la quotité exagérée du legs, ou même l'exhérédation de la famille légitime ne sont pas suffisants pour déclarer qu'un legs repose sur une cause immorale; que, pour ce faire, il faut parfois se livrer à une investigation plus poussée; et que, dans un domaine comme celui du concubinage ou de la filiation adultérine, pareille investigation risque d'amener le tribunal à connaître de faits scandaleux. On dira que l'article 11 du projet de Code civil de l'an VIII qui édictait que : « Ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire, sont respectivement incapables de se donner » (74), a été précisément écarté pour de semblables motifs. « Qui peut avoir le droit, lit-on dans les observations du tribunal de Lyon, de scruter la conduite intérieure des individus, de s'immiscer dans le secret de leurs maisons, de leurs liaisons ou de leurs plaisirs, de diffamer deux êtres dont l'un ne vit plus ? » (75). C'est la raison qui a motivé, de la part de la jurisprudence française, l'exigence de la preuve intrinsèque : l'illicéité ou l'immoralité de la cause devait

(73) *L'Évolution des techniques dans le droit matrimonial français à l'époque contemporaine*, p. 4 du tiré à part. Voir aussi : *Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française* (en collaboration), Paris, Sirey, 1956.

(74) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. II, p. 275.

(75) *Ibid.*, T. IV, p. 155.

résulter des énonciations de l'acte lui-même ou des pièces spontanément versées aux débats (76). Mais une décision de la Cour de cassation du 2 janvier 1907 (77) a opéré depuis un retournement complet, en admettant que les tribunaux pouvaient recourir à tous les modes de preuve autorisés par la loi pour rechercher si un acte a une cause illicite.

Si ces enquêtes, qu'on disait scandaleuses, sont maintenant permises, il faut voir là le résultat en particulier de l'évolution des mœurs : les moyens d'information moderne ont habitué le public à voir, étalés au grand jour, des faits que l'on se souciait autrefois de tenir soigneusement cachés (78). On s'est d'ailleurs bien vite rendu compte qu'en s'attachant au strict point de vue objectif, il était la plupart du temps impossible d'atteindre l'acte immoral. Les articles 1131 et 1133 du Code civil devaient rester lettre morte. Par le fait même que la loi frappait de nullité l'acte contraire aux bonnes mœurs, elle autorisait du même coup les tribunaux à chercher à découvrir les véritables intentions d'un contractant.

87. — La jurisprudence québécoise, au contraire, ne semble pas avoir jamais tenté de restreindre les moyens de preuve en ce qui concerne cette matière. L'article 768 du Code du Québec, il est vrai, en déclarant incapables de recevoir entre vifs les concubins et les enfants adultérins, fournissait un argument exactement opposé à celui que la jurisprudence française avait tiré de la suppression de l'article 11 du projet de Code civil de l'an VIII. Mais on a en outre tiré avantage de l'article 1233 du Code du Québec, pour fonder le droit du demandeur à prouver l'illicéité de la cause par tous les moyens. Cet article autorise, en effet, la preuve testimoniale non seulement lorsque « la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite » (§ 5) — ce qui bénéficie aux tiers — mais encore « lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit » (§ 7) — ce qui bénéficie aux parties elles-mêmes (79). La liberté de la preuve facilite donc singulièrement la tâche des tribunaux, en leur permettant notamment de recourir aux présomptions de fait et aux témoignages qui joueront souvent un rôle décisif.

(76) Req., 26 mars 1860, S. 1860.1.321 ; Req., 31 juillet 1860, S. 1861.1.833 ; Req., 2 juillet 1866, S. 1866.1.356 ; Req., 6 décembre 1876, D.P. 1877.1.492 ; Civ., 10 août 1885, S. 1888.1.470 ; Req., 23 juin 1887, S. 1887.1.361 ; Req., 29 juin 1887, D.P. 1888.1.295 ; Paris, 15 février 1893, D.P. 1893.2.416 ; Alger, 23 décembre 1895, D.P. 1897.2.453 ; Limoges, 27 février 1900, D.P. 1902.2.281.

(77) D.P. 1907.1.137, note COLIN ; et S. 1911.1.585, note WAHL.

(78) DORAT DES MONTS, *op. cit.*, n° 125, p. 103.

(79) Martineau *v.* Filiatrault (1930), 68 C.S. 194 ; Daoust *v.* Lavigne (1941), 71 B.R. 22.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

88. — Au terme de cette première partie de notre travail, où nous avons essayé de dégager les fondements juridiques sur lesquels pouvait s'appuyer une interprétation nouvelle du principe de la liberté testamentaire, après avoir examiné les arguments que fournissent, à l'appui de cette interprétation, l'histoire en même temps que l'évolution des mœurs et des structures de la société québécoise, deux objections peuvent peut-être encore retenir le lecteur d'adopter sans trop d'hésitation les conclusions auxquelles nous avons été conduit. Cette interprétation, dira-t-il, se heurte d'abord à une jurisprudence bien établie; elle aboutit, en second lieu, à ressusciter pratiquement les incapacités de l'Ancien droit.

A dire vrai, il nous a déjà fallu aborder ces deux points au cours de notre étude. Il ne nous paraît toutefois pas inutile d'y revenir maintenant, car le moment où nous en avons traité ne permettait pas soit de les envisager dans leur dimension exacte, soit d'en apercevoir toute la portée.

On ne peut nier que la jurisprudence ait interprété, en général, de façon très libérale le principe de la liberté testamentaire, qu'elle a d'ailleurs rapidement qualifiée d'illimitée. Il est même incontestable que, sous l'influence du Conseil privé d'abord, puis de la Cour suprême, on en soit arrivé, en voulant faire prévaloir les notions anglaises de bonnes mœurs et d'ordre public, à admettre, au tournant du siècle dernier, des solutions théoriquement incompatibles avec l'esprit des institutions juridiques du Québec. Mais — et c'est ce qu'il importe de relever ici — jamais l'on n'a soutenu que le testateur jouissait d'une liberté de disposer de ses biens telle qu'il n'ait pas à tenir compte des prescriptions de l'ordre public ou des bonnes mœurs. Ou bien on a affirmé que, la conception

anglaise devant s'imposer, celle-ci ne mettait pas obstacle à la validité du legs attaqué; ou bien on a ignoré tout simplement la valeur de la prohibition portée par les derniers mots de l'article 831 du Code du Québec. C'est même ce qui explique qu'ait pu se maintenir sans opposition, à côté du libéralisme extrême de l'ensemble de la jurisprudence, une tendance que nous avons appelée modérée et qui rappelait platoniquement, d'accord en cela avec la Doctrine (car les circonstances ne lui donnaient pas l'occasion de mettre en pratique ses affirmations de principe), les limites posées par le droit commun (80).

Quant à la théorie de la cause, on vient de voir que les tribunaux n'ont même pas tenté de l'appliquer dans le domaine des legs entre concubins, du fait de l'habitude injustifiée, mais traditionnelle d'isoler la liberté de tester de tout le reste du droit. On n'en saurait donc tirer aucune volonté d'en repousser ici l'utilisation.

On peut donc se demander si l'acceptation de l'interprétation que nous proposons se heurterait véritablement à une jurisprudence contraire bien établie (80 a). Certes, nous ne négligeons pas les quelques décisions qui, tout récemment, ont affirmé que « le principe de la liberté illimitée de tester rend valides les dispositions testamentaires par une concubine en faveur d'un concubin » (81) ou inversement; mais, outre qu'aucune d'elles n'a tranché le problème en prenant en considération le point de vue qui est le nôtre, il faut même se garder de parler d'unanimité: un jugement de la Cour supérieure — le seul qui, remarquons-le, ait envisagé la question sous l'angle de l'illicéité et de l'immoralité — n'a-t-il pas, en effet, décidé « qu'un legs universel fait à une concubine au détriment d'une épouse légitime est manifestement contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs »? (82) Il suffirait d'une seule autre décision dans le même sens, pour déclencher peut-être un mouvement favorable à une interprétation nouvelle. Quelques articles récents, dont les auteurs sont d'ailleurs des praticiens,

(80) Voir *supra*, chapitre I^{er}.

(80 a) Une étude récente conteste l'existence d'une jurisprudence établie en faveur de la validité des legs entre concubins adultères: G. WASSERMAN, « Article 831 C.C.: The Problem of Amendment », *McGill Law Journal*, 1955-56, T. II, pp. 23-31.

(81) *Trasciati v. Roncarelli* (1946), C.S. 443 (445). Voir également: *Guérin v. Archambault*, Cour supérieure, Montréal, 17 septembre 1945, n° 227,732; et *Banc de la Reine*, Montréal, 28 avril 1948, n° 2974; *H. v. T.* (1949), C.S. 281; *Crête v. Fortin*, Cour supérieure, Montréal, 18 février 1954, n° 340,955; et *Banc de la Reine*, Montréal, n° 5393; *Drouin v. Dumoulin*, Cour supérieure, Montréal, 22 août 1955, n° 334,697.

(82) *Vaudreuil v. Falardeau* (1950), R.P. 193 (195).

il faut le souligner, donc sensibles aux dangers que recèle la fidélité à l'attitude traditionnelle en face des bouleversement sociaux, approuvent également cette orientation (83).

Car c'est bien d'une réorientation qu'il s'agit, et non d'un retournement de la jurisprudence. Celle-ci n'a pas pris, en effet, une position si rigide qu'elle ne puisse accepter, sans se contredire, la thèse défendue ici. Pareille évolution n'est pas sans précédent; et c'est même grâce à elle que, dans un système de codification, les textes légaux peuvent se maintenir sans modifications fréquentes, et le droit demeurer en même temps actuel et en accord avec les faits.

Un argument additionnel vient au surplus renforcer, dans le cas qui nous occupe, la nécessité d'une évolution jurisprudentielle en harmonie avec l'évolution sociale : le fait même que le législateur ait *expressément* lié la liberté de tester aux limites de l'ordre public et des bonnes mœurs, notions mouvantes et instables de leur nature et dont la définition est constamment sujette à révision. Or, dans un droit codifié comme celui du Québec, c'est au juge qu'il appartient d'opérer cette constante révision qui permet d'adapter l'ordre public aux transformations sociales; et il dispose, pour ce faire, d'une très large discrétion tenant à la structure même du droit qu'il applique. En effet, comme l'a montré M. Malaurie dans son étude comparée de la notion d'ordre public dans les systèmes français, britannique et soviétique, ce n'est pas lorsque le juge paraît avoir le plus de pouvoirs — comme c'est le cas pour le juge de Common Law — que sa liberté dans la détermination de l'ordre public est la plus complète, mais bien plutôt « lorsque la législation écrite a prédominance sur la jurisprudence » (83 a), comme c'est le cas en France et dans le Québec.

Fonction de l'évolution sociale et morale d'un peuple, les notions d'ordre public et de bonnes mœurs d'aujourd'hui sont indéniablement plus éloignées de celle d'il y a à peine vingt-cinq ans que ne l'étaient celle du début de ce siècle par rapport aux conceptions du XIX^e et même du XVIII^e siècle : le phénomène de l'accélération de l'histoire qui caractérise notre époque, n'a pas laissé à l'écart le droit lui-même, car il est une science sociale.

89. — Mais, objectera-t-on enfin, ne va-t-on pas, sous prétexte de mettre le droit en accord avec les faits, ressusciter l'incapacité

(83) G. WASSERMAN, *op. cit.*, *Can. Bar Rev.*, T. XXX, 1952, p. 189 ; Ed. FABRE-SURVEYER, *op. cit.*, *R. du B.*, T. XIII, 1953, p. 245 ; J. TURGEON, *op. cit.*, *R. du B.*, T. XV, p. 204.

(83 a) Ph. MALAURIE, *L'Ordre public et le contrat*, n° 104, pp. 76-77.

de recevoir par testament dont l'Ancien droit frappait les concubins et les enfants adultérins ? Ce serait contrevenir directement à la règle du droit moderne qui veut qu'il n'existe pas d'incapacité sans texte spécial qui l'édicté.

Nous plaçant sur le seul terrain du droit, nous répondrons que, malgré l'apparente similitude des solutions adoptées dans les deux cas, en réalité non seulement le fondement de la nullité, mais même le résultat atteint sont profondément différents. Si l'on se garde de céder à la tentation d'assimilations hâtives, on ne sera pas sans remarquer bientôt tout ce qui sépare les deux systèmes.

90. — Sous l'Ancien droit, en effet, toute libéralité testamentaire — à l'exception des legs d'aliments — adressée par une personne à celle avec qui elle avait vécu en concubinage, ou à ses enfants adultérins, était frappée de nullité sans même que l'on ait à se livrer à aucune investigation sur les mobiles du testateur. La loi décrétait d'autorité l'invalidité de cette libéralité, en déclarant ses bénéficiaires incapables d'en profiter. Ces incapacités relatives avaient leur fondement dans la nature même des liens unissant le donateur au donataire, liens dont l'immoralité faisait l'objet d'une présomption irréfragable. Or, c'est tout à l'opposé de ce système que se situe celui où la loi, laissant au testateur une liberté complète de disposer de ses biens comme il l'entend, subordonne seulement la nullité d'un legs à la constatation de ce que le testateur a *mésusé* de sa liberté, soit en enfreignant les limites de l'ordre public ou des bonnes mœurs (art. 831 du Code du Québec), soit en poursuivant une fin illicite (art. 989 et 990 du Code du Québec). La liberté reste première, mais contenue seulement, et comme il se doit, dans les bornes que la loi lui a tracées. Quoique la nature des relations entre le testateur et le légataire puissent servir à apprécier la validité de la libéralité, elle ne constitue plus le *fondement* de la nullité, mais un élément seulement susceptible d'éclairer le juge chargé de trancher le débat.

91. — Les deux systèmes se distinguent aussi *dans leurs résultats*, et en raison même de la diversité de leur fondement respectif. Tandis, en effet, que l'incapacité entraîne l'annulation automatique de la libéralité, dès lors que se trouvent réunies les conditions d'application de cette incapacité, la solution est infiniment plus nuancée, comme on a pu s'en rendre compte, lorsque la nullité n'est prononcée que par le biais de l'ordre public et des bonnes mœurs. L'immoralité des dispositions testamentaires entre concubins ou à l'égard d'enfants adultérins, n'est en réalité qu'un *ple-*

rumque fit (84); et il y a, en conséquence, quelque injustice à les supprimer *toutes*, parce qu'elles contredisent *souvent* des valeurs que le droit s'attache à préserver et à défendre. C'est un progrès notable sur la rigidité de la règle ancienne que, par le moyen d'un procédé technique différent, on parvienne à laisser aux individus l'usage d'une liberté fort étendue, sans pour autant abandonner tout pouvoir de contrôle. Encore ce contrôle s'exercera-t-il selon des normes non pas inflexibles et établies par avance sur la moyenne générale des cas d'espèce, mais qui épousent au contraire l'infinie complexité des mobiles humains.

92. — Ainsi que l'a remarquablement démontré M. Perrot (85), chaque technique conditionne un résultat déterminé et le perfectionnement du droit s'opère grâce à un affinement de ces techniques. On en a ici une illustration, non au regard de l'individu choisissant le procédé technique qui sera le plus apte à rendre compte de la finalité que sa volonté cherche à atteindre, mais au regard de l'interprète qui, par la transformation du procédé technique auquel il a recours, parvient à modeler assez exactement ses solutions sur la diversité et la subtilité des fins que la volonté des individus entend réaliser.

Bien plus, l'affinement des techniques, outre qu'il va permettre une plus parfaite conformité entre la volonté et le résultat effectivement produit, est susceptible, comme le remarque encore M. Perrot (86), « de réagir sur la volonté d'une manière indirecte en *suggérant* des utilités nouvelles ». Et c'est bien ce même phénomène que nous constatons ici, en en transposant les résultats du plan de création de l'acte juridique par le testateur au plan juridictionnel. Par le moyen de l'incapacité, la loi ne pouvait faire obstacle — et seulement de façon bien inadéquate — qu'aux libéralités testamentaires intervenues entre certaines catégories de personnes expressément et limitativement déterminées par elle. Or voici que le vide créé par la suppression de l'incapacité est comblé par l'apparition d'un procédé technique nouveau, ou plutôt par l'application à un domaine nouveau d'un procédé technique ancien (87), dont l'efficacité se révèle plus satisfaisante et qui laisse entrevoir une utilisation plus large. Les legs entre concubins ne sont plus

(84) TRASBOT, *Rev. crit.*, 1929, p. 452.

(85) R. PERROT, *De l'Influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1953.

(86) *Ibid.*, n° 40, p. 65.

(87) *Ibid.*, n° 47, p. 74.

qu'un cas parmi une infinité d'autres possibles. Le droit ne se borne plus à réprouver telle disposition testamentaire que, d'autorité, il a jugé illicite ou immorale. Son action se situe sur un plan beaucoup plus vaste : il est désormais en mesure d'*assurer*, par un procédé extrêmement souple, *la protection de la famille du testateur*, sans pour autant empiéter sur la liberté que l'article 831 du Code du Québec concède au testateur, puisque c'est mésuser de cette liberté que d'en faire un usage contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

DEUXIÈME PARTIE

LIMITES ÉTABLIES POUR LA PROTECTION DES LIBERTÉS DU LÉGATAIRE

(Prohibition des conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs)

93. — L'article fondamental du Code civil du Québec qui définit le principe de la liberté testamentaire, remarquons-nous au début de cette étude, restreint d'une double façon l'exercice de cette liberté : d'un côté, dans le but de protéger la famille légitime du testateur, il annule les dispositions d'un testament qui seraient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; de l'autre, dans le but de protéger les droits et les libertés des légataires, il interdit au testateur d'assortir ses legs de conditions également contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or, plutôt que de s'en remettre, comme lorsqu'il s'agissait des dispositions illicites ou immorales, aux règles du droit commun, le Code a voulu prévoir, par un texte spécial, le sort des conditions illicites ou immorales affectant une clause d'un testament. C'est l'article 760 du Code du Québec qui déclare : « La condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, aux lois, ou à l'ordre public, dont dépend une *donation* entre vifs, est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme dans les autres contrats. Dans un *testament*, une telle condition est considérée comme non écrite et n'annule pas la disposition. »

Ce texte, clair en apparence, recèle en réalité des difficultés d'interprétation qui n'ont d'ailleurs pas échappé à la jurisprudence; nous les examinerons dans un premier chapitre. L'attitude que celle-ci a finalement adoptée mérite qu'on s'y arrête, car elle a sur toute notre matière des conséquences majeures. Dans un second chapitre, nous passerons en revue les principales conditions qui ont, dans la pratique, fait l'objet de litiges et nous examinerons alors les décisions qui ont été rendues à leur sujet. Nous terminerons enfin en essayant de dégager de cette étude analytique les principes directeurs auxquels semble avoir obéi la jurisprudence et qui sont de nature à mettre un peu d'unité dans ce qui pourrait apparaître, à première vue, comme un mélange quelque peu hétéroclite.

CHAPITRE PREMIER

LA THEORIE DES CONDITIONS TESTAMENTAIRES ILLICITES

94. — Il n'est pas sans intérêt pour notre sujet, lorsqu'on veut analyser l'article 760 du Code du Québec, de le rapprocher de l'article correspondant du Code civil français. La comparaison permet d'autant mieux de faire ressortir les notes distinctives de la solution québécoise que, paradoxalement, malgré la similitude des textes en ce qui concerne les dispositions *testamentaires* conditionnelles, les antécédents historiques de chacun des articles ont, par des cheminements divergents, conduit à des résultats presque identiques.

L'article 760 du Code du Québec, on l'a vu, traite différemment la donation entre vifs et le testament. Tandis qu'il soumet la première à la règle du droit commun des obligations (art. 1080 du Code du Québec) qui stipule que : « La condition contraire à la loi ou aux bonnes mœurs est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend », il réserve au second un traitement d'exception puisque, nous dit-il, « une telle condition est considérée comme non écrite et n'annule pas la disposition » testamentaire. Le Code civil français, au contraire, dans son article 900, ne fait pas pareille distinction : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, y lit-on, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, seront réputées non écrites. » Dans

les deux droits, les dispositions testamentaires affectées d'une condition illicite ou immorale sont donc soumises à une réglementation analogue. Et pourtant, combien cette similitude cache de différences profondes ! Un rapide coup d'œil sur l'origine respective de chacun des textes suffira à nous en convaincre.

95. — L'assimilation de la donation et du testament, que fait l'article 900 du Code civil, nous révèle avec certitude à quelles sources ont puisé ses rédacteurs. Cette assimilation, en effet, qui opère par rapport à l'Ancien droit une nette coupure, a été effectuée pour la première fois par un décret des 5-12 septembre 1791 (1), bientôt repris dans des termes à peu près semblables par la Convention dans un décret du 5 brumaire, an II (2), puis à nouveau, le 17 nivôse de la même année (3). Or, au cours de la discussion qui a précédé l'adoption du premier décret, une intervention de Barrère nous renseigne très exactement sur les intentions qui l'ont inspiré. « Ce n'est pas moi, déclarait Barrère, qui réclame l'adoption de cet article seulement; c'est la Constitution elle-même, c'est la nécessité d'assurer ses maximes et d'affermir son esprit. C'est le moyen d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse. C'est le besoin de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens qui, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfans avec des femmes qu'ils appellent roturières, ou avec des personnes qui exercent un autre culte religieux, ou qui ont une autre opinion politique. On voit tous les jours faire des testaments par lesquels des pères, en instituant des héritiers, ou en faisant des legs, leur imposent des conditions contraires à la liberté civile, à la tolérance religieuse, ou à

(1) « Toute Clause impérative ou prohibitive, qui seroit contraire aux loix ou aux bonnes mœurs, qui porteroit atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gêneroit la liberté qu'il a, soit de se marier même avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou tendroit à le détourner de remplir les devoirs imposés, et d'exercer les fonctions déferées par la constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. »

(2) « Est réputée non écrite toute clause impérative ou prohibitive, insérée dans les actes passés, même avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle est contraire aux lois et aux mœurs, lorsqu'elle porte atteinte à la liberté religieuse du donataire, de l'héritier ou du légataire, lorsqu'elle gêne la liberté qu'il a, soit de se marier ou remarier, même avec des personnes désignées, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou lorsqu'elle tend à le détourner de remplir les devoirs imposés, et d'exercer les fonctions déferées par les lois aux citoyens. »

(3) Le texte de ce décret est identique au précédent.

l'égalité constitutionnelle » (4). On voulait, en un mot, empêcher que, par le moyen d'une donation ou d'un testament, on cherchât à faire revivre des idées ou des institutions de l'Ancien Régime condamnées par les principes révolutionnaires. La règle nouvelle passa enfin, à travers les nombreux projets de Code civil (5), dans le Code de 1804.

96. — C'est à une tout autre tradition historique que se rattache l'article 760 du Code du Québec : celle de l'Ancien droit. Celui-ci justifiait, en effet, la règle du droit commun des obligations, laquelle régissait par conséquent le contrat de donation, en disant : les deux parties ayant participé à l'acte dont une condition est illicite ou immorale, elles sont toutes deux coupables; il est donc juste qu'elles soient toutes deux punies, aussi bien celle qui s'est soumise à une telle condition que celle qui l'a imposée (6). Au surplus, le donateur dont la libéralité est annulée pourra toujours la refaire de façon régulière. Pour le testament, en revanche, ces explications n'ont évidemment plus de valeur. En raison, nous dit Pothier (7), de « la faveur des dernières volontés », la loi ne veut ni annuler l'acte qui les contient, ni imposer au légataire l'accomplissement d'une condition qu'elle réprouve et auquel lui-même n'a pas concouru : la condition est donc tenue pour non écrite. La Doctrine québécoise n'a pas cherché à donner à la règle un autre fondement; elle continue à affirmer que c'est pour ne pas « punir (le légataire) d'une faute dont il n'est pas responsable » (8) que le Code l'autorise à profiter de la libéralité sans en exécuter la charge. La loi présumerait en somme quelle aurait été la volonté du disposant s'il avait été averti que la condition qu'il avait apposée à son legs heurtait l'ordre public ou les bonnes mœurs; et, dissociant la disposition principale de sa clause accessoire, elle maintient l'une et ignore tout simplement l'autre. L'article 760 du Code du Québec n'est donc pas impératif, et rien n'empêche en conséquence le tes-

(4) *Le Moniteur universel*, 6 septembre 1791.

(5) Premier projet de Cambacérès et Jacqueminot (9 août 1793), dans FENET, T. I, p. 52 ; deuxième projet de Cambacérès (23 fructidor, an II), dans FENET, T. I, p. 120 ; troisième projet de Cambacérès (messidor, an IV), dans FENET, T. I, p. 260 ; projet de Jacqueminot (30 frimaire, an VIII), dans FENET, T. I, p. 373 ; projet de la Commission du gouvernement (an VIII), dans FENET, T. II, p. 280.

(6) MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., T. III, V^e Condition, p. 383.

(7) POTHIER, *Œuvres*, T. II, n^o 204, p. 95.

(8) ROCH, *op. cit.*, T. V, p. 33. Dans le même sens : MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, pp. 11-12 ; LANCELIER, *op. cit.*, T. III, p. 11.

tateur, en manifestant une volonté contraire, de renverser la présomption légale. Le droit commun reprend alors son empire et c'est toute la disposition qui doit, conformément à la volonté du donateur, être annulée (9).

97. — Il semblerait que le caractère d'ordre public de l'article 900 du Code civil devrait commander une solution exactement inverse et que les legs devraient toujours être exécutés, indépendamment du fait que le testateur ait expressément voulu en subordonner l'effet à l'observation de la condition qu'il y avait apposée. C'est en réalité la solution qui prévalut aussi longtemps que les motifs politiques qui avaient inspiré la disposition conservaient encore quelque valeur. Mais à mesure que s'atténuait le danger de voir renaître les institutions d'un passé condamné et révolu, apparaissait le caractère choquant d'une règle désormais dépourvue d'objet. Car comment expliquer que la loi soutienne de son autorité une manifestation de volonté dirigée contre elle ? Et comment admettre sans difficulté la prétention du légataire qui, pour bénéficier de la libéralité, demande au tribunal la permission de ne pas exécuter la condition qui y est attachée, même si cette dernière en constitue la seule cause véritable ? Dès lors que la règle avait perdu son fondement répressif, il était gênant de persister à affirmer la solution ancienne. Aussi la jurisprudence s'estima-t-elle bientôt libre de tempérer l'article 900 du Code civil en faisant appel à la notion de cause.

La première décision en ce sens est un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 juin 1863, qui déclarait « qu'il est, en effet, constant que la nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu... que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité » (10). Etendue aux legs, cette jurisprudence s'est depuis lors maintenue, en dépit des critiques d'auteurs souvent considérables (11) qui voyaient particulièrement en elle la négation du caractère impératif indéniable de l'article 900 du Code civil.

Si telle était, en effet, la portée de cette jurisprudence, on aurait

(9) MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, pp. 12-13. *Contra* : ROCH, *op. cit.*, T. V, p. 33.

(10) S. 1864.1.269.

(11) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, T. XI, 5^e éd., par MARTIN, § 692, note 5 quinquies, p. 176. Voir aussi : GAUDET DE LESTARD, *Des Conditions impossibles ou illicites insérées dans les libéralités entre vifs ou testamentaires*, thèse Poitiers, 1899, n° 158, p. 120 ; R. d'AVOUT, *Des Conditions illicites, immorales et impossibles dans les libéralités*, thèse Paris, 1913, pp. 56-58 ; J. SERRAND, *La Condition de viduité apposée aux libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 68.

raison de la condamner. Mais il faudrait alors reconnaître que — le texte étant uniquement interprétatif de la volonté du disposant — dans l'hypothèse où ce dernier aurait formellement stipulé l'inefficacité de sa libéralité au cas d'inexécution de la condition qui y est jointe, le juge n'aurait plus qu'à s'incliner. Or, il n'en est rien : l'application de l'article 900 du Code civil ne peut être écartée que si la condition illicite ou immorale a joué le rôle de cause impulsive et déterminante. La Cour de cassation l'affirmait avec netteté, dès 1883 : « Attendu, quels que soient les motifs qui ont dicté cette disposition de la loi, que les termes en sont clairs et précis; qu'ils ne permettent donc pas de faire exception pour le cas où l'auteur de la libéralité aurait déclaré en subordonner l'effet à l'accomplissement de la condition qu'il y a mise; qu'une semblable volonté, se trouvant en opposition directe avec la loi, ne peut recevoir exécution; qu'il en serait autrement sans doute si la condition d'une chose illicite était reconnue, en fait, avoir été la cause déterminante et le but de la disposition » (12). C'est donc à tort qu'on a voulu prétendre que, par le recours à la théorie de la cause, on avait dénaturé l'article 900 du Code civil, puisque la conséquence majeure qui découlerait de ce texte, s'il était interprétatif, est repoussée par la jurisprudence.

98. — On voit d'ailleurs, par ce qu'on vient de dire sur l'article 900 du Code civil français, que le caractère interprétatif du texte québécois ne mettrait pas obstacle à l'utilisation de la notion de cause pour en nuancer l'application. Et, de ce point de vue, rien ne s'opposerait à ce que, dans le droit québécois, au lieu de considérer la condition comme non écrite, on écarte l'application de l'article 760 (dont tout le monde s'accorde à reconnaître le caractère interprétatif) et qu'on annule la disposition testamentaire tout entière, chaque fois que la condition illicite ou immorale en a été la cause impulsive et déterminante. Mais ici surgit une difficulté particulière qui tient à la façon ambiguë dont est rédigée la dernière phrase de l'article qui dit : « Dans un testament *une telle condition* est considérée comme non écrite. » Les mots « une telle condition » renvoient-ils seulement à « condition impossible, ou contraire à l'ordre public », ou faut-il plutôt entendre qu'il s'agit, comme au paragraphe précédent de l'article, de la condition illicite ou immorale *dont dépend* une donation testamentaire ?

L'imprécision des termes employés ne permet pas de trancher la difficulté. Mais si l'on remarque que le Code compare la dona-

(12) Civ., 17 juillet 1883, S. 1884.1.305, note LABRÉ.

tion entre vifs au testament en les opposant, il devient évident que cette comparaison n'est possible que si les deux institutions sont envisagées sous le même aspect : c'est une règle élémentaire de logique. On ne compare deux choses que si elles présentent entre elles un trait commun. En conséquence, il s'agirait bien dans les deux cas de la condition illicite *dont dépend* une libéralité.

Une seconde observation nous persuadera du bien-fondé de cette conclusion. La condition illicite, nous dit encore l'article, « *dont dépend une donation entre vifs est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme dans les autres contrats* ». Et nous avons vu, en effet, que telle est bien la règle en matière d'obligations (art. 1080 du Code du Québec). Mais qu'est-ce à dire, sinon que le testament n'est pas, par exception et à la différence de la donation entre vifs, soumis au régime des « autres contrats » ? Ce silence, lorsqu'il est question du testament, laisse entendre que le droit commun des obligations subit ici une dérogation. Que le testament dépende ou non d'une condition illicite, peu importerait donc : seule la condition devrait être non écrite. Telle est bien, au surplus, l'opinion qu'ont exprimée les codificateurs dans leur rapport et à laquelle on ne peut faire le même reproche d'ambiguïté : « L'article 760, écrivent-ils, maintient dans les donations entre vifs, comme elle existe quant aux contrats en général, la nullité de la disposition qui dépend d'une condition impossible ou prohibée, en même temps qu'il soustrait à cette règle la disposition par testament, d'où cette sorte de condition est seulement éliminée » (13). Ces divers arguments concourent donc à confirmer notre interprétation. On ne verrait d'ailleurs pas quelle utilité aurait l'article 760 du Code du Québec, s'il ne faisait que répéter l'article 1080 sans le modifier. On comprendrait au contraire fort bien que, voulant soustraire le testament à la règle normale de la nullité, les codificateurs aient édicté une disposition spéciale, conforme à l'Ancien droit qu'ils disent avoir suivi (14). Et c'est à cette interprétation que s'est rallié Mignault, dans son *Traité de droit civil* (15).

99. — Pour être logique toutefois, elle n'en a pas moins été repoussée. La jurisprudence se montre, en effet, souvent plus soucieuse de faire prévaloir les solutions que les exigences de la justice ou de l'équité lui dictent, que d'élever des constructions juridiques

(13) DE LORIMIER, *op. cit.*, T. VI, p. 247.

(14) *Ibid.*, pp. 247-248.

(15) T. IV, p. 17 : « Remarquons qu'en tout ceci il est question d'une condition *dont dépend* la donation ou le testament. »

ou de bâtir des systèmes parfaitement cohérents. Ce n'est d'ailleurs pas nous qui lui en ferons reproche, dès lors que ce qu'on pourrait appeler un peu abusivement le pragmatisme du critère jurisprudentiel triomphe de la rigidité d'un texte légal pour mettre le droit en harmonie avec l'infime complexité de la vie juridique.

L'interprétation qui tend, en toutes hypothèses, à considérer la condition comme non écrite et à valider le legs lui-même conduit en effet, à peu de chose près, aux mêmes solutions choquantes que celles auxquelles conduisait l'article 900 du Code civil avant 1863, et elle soulève les mêmes objections. L'article 760 du Code du Québec étant très certainement, et de l'aveu de tous, interprétatif de la volonté du disposant, n'y a-t-il pas aussi quelque chose d'artificiel à vouloir à tout prix maintenir cette volonté, même lorsque la condition qui y est jointe en a manifestement été la cause déterminante ? Qu'est-ce, d'ailleurs, qu'une condition dont dépend une disposition, sinon celle qui en est la cause ? Et si cette condition est illicite, l'acte n'a plus de cause valable. Faudra-t-il donc que les tribunaux déclarent valide l'acte auquel fait précisément défaut l'une des quatre conditions que le Code exige pour la validité des actes juridiques (art. 984 du Code du Québec) ? Cette solution serait, à la rigueur, plausible si l'article avait un fondement répressif ; ce qui n'est pas le cas. On pourrait alors imaginer que la loi recoure à une fiction pour atteindre la fin qu'elle se propose. Mais une telle conjecture n'étant pas admissible en l'espèce, on ne peut douter que l'objection n'ait contribué à laisser s'accréditer une interprétation de l'article 760 du Code du Québec contraire à celle que la seule analyse du texte suggérait.

La principale différence pratique, nous l'avons déjà relevé, qui sépare l'article 900 du Code civil de la disposition correspondante du Code civil du Québec est que le testateur, en vertu du droit québécois, peut, s'il le désire, subordonner la validité de son legs à l'accomplissement de la condition qu'il y a mise ; et l'expression de cette volonté est souveraine en ce sens que le juge devra la sanctionner. Mais dans un pareil cas, ne peut-on pas dire, puisque l'article 760 du Code du Québec n'a pas un caractère impératif, que le testateur a voulu indiquer qu'il considérait la condition comme la cause de son legs ? On est, en effet, d'accord pour admettre que la condition dont dépend une disposition en est la cause ; et c'est bien ce dont il s'agit ici.

100. — L'introduction de la théorie de la cause, pour atténuer la portée, en apparence absolue, de l'article 760 du Code du Québec, pouvait donc se recommander de divers arguments : d'une part, le manque de rigueur du texte légal qui laissait place à deux

interprétations opposées; d'autre part, l'allusion que l'on pouvait voir, dans la formule employée, à la condition-cause de la libéralité et la conséquence que l'on pouvait tirer du caractère interprétatif de la disposition : toutes choses qui ne se retrouvaient pas dans l'article 900 du Code civil, mais qui devaient néanmoins conduire la Doctrine québécoise à adopter les mêmes conclusions. La théorie de la cause objective, si l'on s'y était arrêté, aurait pratiquement anéanti les effets de l'évolution que nous venons de rappeler. On ne semble même pas avoir hésité : la théorie élaborée par la jurisprudence française s'imposa d'emblée tant elle paraissait conforme à la portée et à la fin que l'on s'était accordé à reconnaître à l'article. « Une disposition *dépend* d'une condition, écrit Billette (16), lorsqu'elle en est l'effet, lorsqu'elle lui est subordonnée. La condition joue donc alors le rôle de cause « déterminante et impulsive », qu'elle soit entendue dans le sens d'événement futur et incertain, ou de charge ou obligation ». On a là un exemple particulièrement net de l'influence du droit français sur le développement du droit québécois, en dépit des différences souvent profondes qui séparent les textes légaux.

Il est plus étonnant de constater que la jurisprudence n'a que rarement annulé une donation ou un legs pour la raison que la condition illicite qui y était apposée en était la seule cause (17). On peut dire, toutefois, qu'elle ne s'y est pas montrée opposée, quoique en aucun cas elle n'ait employé l'expression de cause impulsive et déterminante, ne voulant probablement pas lier expressément ses décisions à celles de la jurisprudence française. Ce qui importe d'ailleurs, c'est que le principe en soit admis, même si on peut déplorer le peu de précision que l'on met à le formuler.

101. — La position actuelle du droit québécois aboutit donc à ce résultat que, dans un testament, la condition illicite ou immorale est réputée non écrite, sauf si le testateur a manifesté sa volonté de subordonner la validité de son legs à l'accomplissement de la condition, ou si celle-ci a été la cause véritable du legs. Ainsi entendu, l'article 760 du Code du Québec n'est donc plus qu'une

(16) *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, T. I, n° 80, p. 49. Voir dans le même sens : BILLETTE, *La Cause des obligations et prestations*, n° 211, pp. 121-127 ; ROCH, *op. cit.*, T. V, p. 33.

(17) *Russell v. Lefrançois* (1882), 8 R.C.S. 335 ; *Webster v. Kelly* (1891), M.L.R. 7 C.S. 25 ; *Tessier v. Tessier* (1919), 56 C.S. 266 (268-269) ; *Weingart v. Stober* (1920), 57 C.S. 321 (330) ; *Dunbar v. Murray* (1940), 78 C.S. 458. *Contra* : *H. v. T.* (1949), C.S. 281.

application pure et simple de l'article 1080; il est désormais indifférent que la condition assortisse une donation entre vifs, un legs ou une obligation ordinaire : c'est toujours la même règle qui prévaut. Par le jeu de la théorie de la cause, il s'est opéré en quelque sorte un nivellement du droit, qui a dépouillé l'article 760 du Code du Québec de ce qu'il pouvait contenir de déroatoire au droit commun.

CHAPITRE II

LES CONDITIONS RELATIVES AUX DROITS ET AUX LIBERTES DU LEGATAIRE

102. — Connaissant les principes qui gouvernent les conditions illicites inscrites dans un testament et selon lesquels on tiendra la condition pour non écrite ou on annulera le legs tout entier, il nous faut maintenant procéder à une analyse de la jurisprudence qui nous permettra par la suite de dégager les critères auxquels les tribunaux font appel pour apprécier la licéité de ces conditions.

Les conditions dont un testateur peut, en pratique, assortir ses legs sont si nombreuses et variées que nous n'avons pas l'ambition de les examiner toutes. Celles qui sont physiquement impossibles ne se rencontrent pas en dehors de l'imagination des jurisconsultes romains; elles dénoteraient d'ailleurs la plupart du temps chez leur auteur un dérèglement intellectuel qui ferait annuler le testament lui-même. Quant à celles qui sont juridiquement impossibles, c'est-à-dire celles à la réalisation desquelles s'oppose un obstacle légal permanent, leur intérêt est si restreint qu'il ne vaut pas la peine qu'on s'y arrête. Celles qui, en revanche, retiendront notre attention — les seules d'ailleurs qui ont un lien direct avec notre sujet — sont celles qui portent atteinte ou qui sont susceptibles de porter atteinte, directement ou indirectement, aux droits et aux libertés du légataire. Leur validité n'est pas — comme le serait

par exemple la condition de commettre un crime ou un délit — fonction de la licéité ou de l'illicéité de leur objet; mais tant d'éléments doivent entrer en ligne de compte qu'un examen superficiel pourrait dissuader d'arriver jamais à en tirer des principes stables et de nature à justifier, dans une vision synthétique, la multiplicité de cas d'espèce souvent même contradictoires.

La variété des conditions qui ont pour objet des droits ou des libertés dont jouit le légataire en tant que personne est aussi grande que l'ingéniosité elle-même — qu'on serait tenté de croire inépuisable — des testateurs; les recueils de jurisprudence en témoignent assez. Nous n'examinerons toutefois que les plus caractéristiques : conditions relatives à la liberté religieuse d'abord, à la liberté d'embrasser telle profession, tel état, ou à celle de choisir son domicile (§ I); conditions aussi pouvant restreindre la liberté du légataire de se marier ou remarier (§ II); conditions enfin tendant à le priver de son droit d'intenter une action judiciaire, soit en séparation de corps (ou en divorce), soit en nullité d'un testament (§ III).

De quelques-unes d'entre elles, la jurisprudence québécoise, naturellement beaucoup moins abondante et, partant, moins riche que la jurisprudence française, ne semble pas offrir d'exemple; aussi devons-nous parfois nous contenter de citer des décisions françaises. L'étude comparative que nous avons menée au chapitre précédent aura cependant justifié par avance la légitimité de ces emprunts.

§ 1. — Conditions relatives à certaines libertés publiques.

103. — La liberté de conscience est un des principes fondamentaux du droit public tant canadien que français (1). Une loi du Parlement du Canada-Uni (1 a), adoptée en 1851, et qui fait encore partie de la législation du Québec (1 b), affirmait expressément pour la première fois que « l'égalité aux yeux de la loi de toutes les (croyances) religieuses est un principe reconnu de la législation coloniale » et déclarait « que le libre exercice et la jouissance de la profession et du culte religieux, sans distinction ni préférence..., sont permis par la constitution et les lois de cette province à tous les sujets de Sa Majesté en icelle ».

(1) S. PACNUELO, *Etudes historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, Montréal, 1872.

(1 a) (1851), 14-15 Vict., ch. 175.

(1 b) (1941) S.R.Q., ch. 307, art. 2.

Ce principe comporte le droit de professer la religion de son choix, comme celui de n'en professer aucune (1 c). Son caractère particulièrement impérieux commande, on le devine, une certaine méfiance à l'égard de tout acte qui menace de lui porter atteinte. Une certaine intransigeance même, pourrait-on croire à première vue, ne serait pas tellement exagérée, vu la nature du droit qu'il s'agit de protéger. Et de fait, les auteurs, tant en France que dans le Québec, ne sont pas éloignés de cette attitude et condamnent en principe toute condition relative à la liberté religieuse. C'est ainsi qu'Aubry et Rau écrivent : « On doit, en général, considérer comme illicite toute condition qui tend à restreindre ou à gêner la liberté de conscience du donataire ou légataire, et notamment à le priver de la faculté de changer de religion » (1 d). M. Roch fait preuve d'autant de sévérité lorsqu'il affirme que « la liberté de conscience étant accordée par nos lois à tous sujets de Sa Majesté, toute restriction à cette liberté est contraire aux dispositions de ces lois et à l'ordre public » (2).

De tous, Billette est le seul à adopter une position diamétralement opposée, en invoquant le droit qu'a toute personne « de professer que sa religion est la seule vraie, et de considérer indigne de recevoir un legs ou un don, celui de ses enfants ou petits-enfants, qui n'aura pas marché sur ses traces » (3). Sa conclusion, qui peut paraître surprenante, s'explique par le fait que, au lieu de considérer la question sous l'angle du légataire dont la liberté peut se trouver gênée, il se place du seul point de vue du testateur et de son droit à disposer de ses biens comme bon lui semble. Et nous ne lui donnerions pas tort pour notre part — c'est même la conclusion qui nous semblerait la plus logique — si nous étions d'accord avec lui pour reconnaître que la liberté de tester est illimitée au sens où on l'entend traditionnellement; car c'est bien là le cœur du problème. Selon que l'on insistera sur la liberté du testateur ou sur les droits du légataire, on sera justifié d'affranchir le testateur

(1 c) Chaput v. Romain, Young et Chartrand (1955), R.C.S. 834 : « Dans notre pays, écrit le juge TASCHEREAU, p. 840, il n'existe pas de religion d'État. Personne n'est tenu d'adhérer à une croyance quelconque. Toutes les religions sont sur un pied d'égalité. » Et toute atteinte à la liberté de conscience constitue un préjudice moral pour lequel les tribunaux accordent réparation. Voir aussi : Saumur v. La Cité de Québec (1953), 2 R.C.S. 299 ; Henry Birks and Sons (Montréal) Limited v. La Cité de Montréal (1955), R.C.S. 799 ; et Chabot v. Les Commissaires d'écoles de la Morandière (1957), B.R. 707.

(1 d) *Cours de droit civil français*, T. XI, § 692, pp. 180-181. BARTIN, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, p. 153.

(2) *Op. cit.*, T. V. p. 38. Également : MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, p. 14 ; Ed. LAREAU, « Trois questions de droit », *La Thémis*, 1882, T. IV, p. 304.

(3) *Traité de droit civil*, n° 116, pp. 80-81.

de toutes les entraves ou, au contraire, de l'obliger à respecter les droits d'autrui. Si l'on raisonne à partir du principe que le testateur est libre de donner ses biens de la façon qu'il veut, on conclura que le légataire qui juge la condition qui lui est imposée trop onéreuse n'a qu'à refuser le legs qui lui est adressé.

On aurait tort de repousser la thèse de Billette, parce qu'elle ne représente qu'une opinion isolée. Celle de la majorité des auteurs qui proclame la nullité de principe de toute condition relative à la liberté de religion n'est guère plus satisfaisante, en réalité. Il suffit d'examiner les cas d'espèce dont les tribunaux ont eu à décider pour se rendre compte que les distinctions nécessaires n'ont pas toujours été faites par la Doctrine. Une cause fameuse, celle de *Renaud c. Lamothe* (4), est particulièrement instructive à cet égard.

104. — M. Renaud, homme prévoyant, avait joint à son testament un codicille dans lequel il déclarait notamment : « Je veux et ordonne que tous les enfants nés ou à naître de tous mariages que pourraient avoir contractés ou pourront contracter par la suite mes dits fils... contre ma volonté expresse ou qui n'auraient pas été contractés conformément aux lois et aux rites de la Sainte Eglise catholique, apostolique et romaine, ou qui n'auraient pas été élevés ou instruits dans cette religion, soient totalement exclus de ma succession... » L'un des petits-fils du testateur, étant né d'un mariage civil contracté aux Etats-Unis et n'ayant été ni baptisé ni instruit dans le catholicisme, se voyait ainsi refuser le droit de venir à la succession de son grand-père. Aussi voulut-il faire déclarer la clause testamentaire illicite et en conséquence non écrite.

La Cour supérieure accueillit l'action, car, dit-elle, les conditions exprimées par le testateur « tendent à restreindre ou à gêner la liberté de conscience des légataires, et notamment à les priver de la faculté de changer de religion et de se marier librement suivant les formalités religieuses ou civiles indiquées par leurs propres convictions, et, en dictant et imposant aux fils du testateur l'obligation d'élever et d'instruire leurs propres enfants d'après les dogmes et les enseignements d'une religion déterminée, tendent aussi à porter atteinte à la puissance paternelle, et au respect des enfants envers leurs parents, première base de la famille » (5). L'argumentation semble péremptoire et elle est conforme à l'opi-

(4) (1906), 15 B.R. 400 et (1902), 32 R.C.S. 357.

(5) Jugement rendu en 1900 et rapporté à (1906), 15 B.R. 400 (402). On remarquera que le juge reprend ici textuellement l'opinion d'AUBRY et RAU rapportée plus haut, n° 103.

nion de la Doctrine. Mais on remarquera que le juge, plutôt que de considérer la clause en tant qu'elle était applicable au seul demandeur, a voulu décider de sa validité en général, comme si tous les légataires étaient en cause. Cette erreur devait être fatale.

Le demandeur, en effet, n'étant pas né d'un mariage célébré selon les rites de l'Eglise catholique, devait par le fait même être privé de son legs. Peu importaient toutes les autres clauses du testament si celle-ci était valide : il suffisait qu'une seule des conditions mises par le testateur à ses legs fût à la fois applicable au demandeur et licite, pour que ce dernier fût déchu du bénéfice du legs qui lui était adressé. Or comment pouvait-on soutenir que la condition d'être né d'un mariage célébré devant l'Eglise catholique fût de nature à restreindre ou à gêner la liberté de conscience du légataire ? Il n'était nullement en son pouvoir de faire en sorte que la condition se réalise ou non. La cour d'appel, renversant la décision du tribunal de première instance, l'a fort justement noté en disant que les dispositions du testament de M. Renaud « ne se rapportent pas, *quant au demandeur*, à des événements futurs, mais bien et seulement à l'état de choses existant lors du décès du testateur » (6).

Le débat était ainsi ramené à ses exactes proportions, mais la portée de la décision se trouvait du même coup singulièrement réduite, puisqu'on écartait comme non pertinent tout le problème de la licéité des conditions dont le testateur avait assorti ses legs.

105. — La Cour ne voulut toutefois pas laisser passer l'occasion qui lui était indirectement offerte d'exprimer son avis sur l'ensemble de la question ; et l'un des juges se chargea, dans ses notes, de justifier le critère à l'aide duquel on devrait décider de toute cette matière.

La condition exigée du légataire d'être né d'un mariage célébré selon les rites de l'Eglise catholique ne peut avoir influencé un mariage contracté antérieurement à la mort du testateur, car quel est l'effet d'une telle clause, se demande le juge ? « Its application to the children, issue of such a marriage, is merely a matter of *selection*, a choice left unconditionally and arbitrarily to every testator under the provisions of our law. It could have exercised no influence either upon the child of the testator who had thus, in advance, and unknowingly perhaps, contravened his father wishes, as afterwards expressed in his will, or upon the child's children, who were thus excluded from the succession by reason

(6) (1906), 15 B.R. 400 (404-405). Les italiques sont de nous.

of an act which had taken place before the testator's death and was therefore past recall. » (7) Mais, ajoute-t-il immédiatement, notre conclusion pourrait être différente si nous avions à décider de la validité de la clause qui impose aux fils du testateur l'obligation d'élever leurs enfants selon les principes de la religion catholique. Et pourquoi cette différence de traitement entre deux conditions également relatives à la liberté religieuse, sinon parce que la seconde, si elle se rapporte *non pas à des faits passés, mais futurs*, ne peut pas avoir pour seul but d'opérer une discrimination entre les légataires, de fournir un critère objectif. Ce n'est pas, pour reprendre l'expression du juge Hall, « merely a matter of selection ».

A la lumière de ces explications, le motif du jugement que nous citons plus haut — « Considérant que les dispositions sus-relatées du testament dudit honorable Louis Renaud, ne se rapportent pas, quant au demandeur, à des événements futurs, mais bien seulement à l'état de choses existant lors du décès du testateur » — ce motif apparaît comme le critère déterminant qui doit, selon la Cour, être retenu pour décider de la licéité des conditions touchant la liberté religieuse des légataires.

106. — Une telle condition peut, en effet, selon les circonstances, jouer un *double rôle* : elle peut tout d'abord placer le légataire dans l'alternative ou d'avoir à conformer sa conduite en matière religieuse aux vœux du testateur pour bénéficier du legs, ou de conserver sa faculté d'agir conformément à ses convictions religieuses et être exclu de la succession. Dans cette première hypothèse, il n'est pas douteux que la condition ne soit susceptible de gêner ou de restreindre la liberté du légataire ; et il est manifestement contraire aussi bien à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs d'inciter une personne à abdiquer sa liberté en échange d'une somme d'argent ou de quelque autre avantage pécuniaire. Or *c'est précisément ce qui se produira chaque fois que la condition se rapportera à « des événements futurs »*.

Mais la condition peut, en second lieu, comme c'était le cas dans la cause *Renaud c. Lamothe*, ne servir que d'un moyen

(7) *Ibid.*, pp. 405-406 : « S'appliquant aux enfants nés de ce mariage (la clause) joue simplement un rôle de *sélection*, un choix qui est laissé de façon inconditionnelle et arbitraire à tout testateur, aux termes de notre droit. Elle ne pouvait avoir exercé aucune influence ni sur l'enfant du testateur, qui avait ainsi, d'avance et à son insu peut-être, contrevenu aux désirs de son père tels qu'exprimés par la suite dans son testament, ni sur les petits-enfants du testateur qui étaient exclus de la succession en raison d'un acte survenu avant la mort du testateur et par conséquent irrévocable. »

commode de désignation des légataires, que d'un principe de sélection. Elle serait alors à rapprocher de toutes les clauses, fréquentes en pratique, où le légataire n'est pas, comme dit l'article 838 du Code du Québec, « identifié d'une manière absolue », mais ne peut l'être qu'au décès du testateur. Ainsi : « Je lègue à mes enfants mineurs... » ou : « Je lègue au médecin qui me soignera pendant ma dernière maladie... ». Rien ne s'oppose en effet à ce que le testateur exige des personnes qu'il désire gratifier certaines qualités particulières au nombre desquelles on peut comprendre le fait d'être membre de telle Eglise ou d'avoir été instruit selon les principes de telle religion ; mais sous la réserve naturellement que pareille clause ne lie pas la conduite du légataire pour l'avenir, qu'elle se rapporte « seulement à l'état de choses existant lors du décès du testateur ».

Le critère proposé par la cour d'appel n'autorise donc pas à déclarer *in abstracto* que telle condition est licite et telle autre illicite. Il fournit uniquement les éléments qui permettront de décider, suivant les circonstances, si une condition est ou non de nature à gêner la liberté religieuse d'un légataire. Et ce sont, en définitive, les circonstances de chaque cas d'espèce qui sont déterminantes. Cette attitude nous paraît extrêmement sage, parce qu'elle conduit à rechercher non seulement l'intention du testateur, mais surtout l'effet que peut produire la clause sur la volonté du légataire. Elle respecte en somme au maximum la liberté du testateur tout en assurant la protection de celle du légataire.

107. — La jurisprudence n'a malheureusement pas toujours fait preuve ni d'autant de prudence ni d'autant de sagesse, à commencer par la Cour suprême qui, dans cette même cause de *Renaud c. Lamothe*, et par la voix du juge Girouard, proclama sans hésitation — et sans même prendre le soin de distinguer comme l'avait fait la cour d'appel entre les diverses conditions contenues au testament de M. Renaud — la validité de toute la clause sous prétexte que la jurisprudence de l'Angleterre et des Etats-Unis (!) était unanime en ce sens (8).

Quelques années plus tard, la Cour supérieure avait à décider de la validité d'une condition par laquelle un testateur privait de la moitié de sa part chacun de ses enfants qui serait membre de l'Eglise baptiste ou d'une Eglise professant une doctrine analogue sur le baptême ; et il ajoutait que ceux d'entre eux qui abjure-raient cette doctrine seraient réintégrés dans tous leurs droits (9).

(8) (1902), 32 R.C.S. 357 (364-370).

(9) *Thorton v. Parker* (1918), 54 C.S. 413.

Si la première partie de la clause pouvait, à la rigueur, être considérée comme licite, la seconde, en revanche, ne pouvait laisser subsister aucun doute sur la fin véritable recherchée par le testateur : celui-ci souhaitait, de toute évidence, amener ses descendants à délaisser la secte religieuse à laquelle ils appartenaient, par l'appât d'un legs plus considérable. Il est difficile d'imaginer une condition qui soit davantage contraire à la liberté religieuse des légataires. Et pourtant la Cour, tout en prenant soin de distinguer les deux parties de la clause et, qui plus est, après avoir même observé qu'en l'espèce le demandeur n'avait pas d'intérêt à en attaquer la seconde partie, déclara que la clause entière était légale parce que ses deux parties étaient en étroite dépendance l'une de l'autre. Or le juge, plutôt que de rechercher si pareille condition était de nature à restreindre la liberté du légataire, assimila totalement la clause dont on contestait devant lui la validité à celle de l'affaire *Renaud c. Lamothe* et se crut justifié d'adopter la même conclusion, comme si la validité de toute condition relative à la liberté religieuse pouvait être appréciée en soi. Cette façon de procéder fait complètement abstraction du double rôle qu'est susceptible de jouer une condition de ce genre suivant les circonstances et que la cour d'appel avait bien mis en lumière en se gardant de porter une condamnation ou une approbation de principe.

C'est à la méconnaissance de ce double rôle qu'il faut également attribuer des généralisations comme celle de Billette qui écrit : « Il n'y a rien d'immoral, d'illégal, d'antisocial dans le fait de donner ses biens à ceux-là seuls de ses enfants qui sont catholiques ou protestants, *et si cela est vrai quant aux enfants qui vivent actuellement, cela doit être vrai quant aux petits-enfants du dernier degré d'une substitution.* » (10) La jurisprudence ne l'a pas admis, et avec raison, qui, dès 1888, tenait pour non écrite la clause par laquelle une personne créait une substitution en faveur des seuls appelés qui seraient protestants (11). Pareille restriction ne pouvait en effet être, en l'espèce, un simple moyen de désignation des bénéficiaires, mais constituait une incitation à embrasser la foi protestante dans l'unique dessein de toucher l'objet de la donation : marchandage que la loi ne peut naturellement soutenir de son autorité.

(10) *Op. cit.*, n° 116, p. 81. Les italiques sont de nous.

(11) *Kimpton v. La Compagnie du Chemin de fer du Pacifique Canadien* (1888), M.L.R., 4 C.S. 338.

108. — Nous avons jusqu'ici laissé délibérément de côté la condition de se faire prêtre ou, inversement, de renoncer à l'état ecclésiastique. Cette condition, en effet, qui touche à la liberté religieuse du légataire intéresse en même temps la liberté de choisir sa profession ou son état.

Les auteurs de l'Ancien Régime avaient élaboré à son sujet de curieuses distinctions fondées sur des arguments d'ordre théologique. C'est ainsi que Ricard voulait que la condition de se faire prêtre soit non écrite parce que, dit-il, cet état « étant tout spirituel, c'est le profaner que de le mêler avec les choses temporelles et profanes » (12) et que « l'Eglise a intérêt que ses troupes ne soient pas remplies d'une milice mercenaire » (13). La condition de ne pas se faire prêtre devait, en revanche, être reconnue pour licite, car si elle avait suffi à détourner le bénéficiaire de l'état qu'il se proposait d'embrasser, c'est qu'il n'était pas détaché des « choses du siècle » et qu'il n'aurait de toute façon pas fait un bon prêtre ! (14) Mais pour Furgole, la fin justifie les moyens : « Si la fin est mauvaise, écrit-il, il faut sans doute rejeter la condition, qui impose la nécessité de faire une chose mauvaise; mais il en doit être autrement si la chose est bonne par elle-même. » (15) Or, « l'état Monastique ou du Sacerdoce, est un état de perfection, il a pour objet le Service de Dieu et de la Religion ; et par là, il est infiniment favorable. » (16)

Il va sans dire que la Doctrine moderne ne se donne heureusement pas le ridicule d'entrer dans ces controverses et que c'est en faisant appel à des arguments d'un autre ordre qu'elle tranche la question. Si la loi entend sauvegarder les attributs essentiels de la personne humaine et assurer le respect de ses droits inaliénables, elle ne peut, par le fait même, reconnaître comme efficace une manifestation de volonté qui aurait pour effet d'assujettir à des intérêts d'ordre pécuniaire l'exercice de la liberté qu'a tout homme de conformer sa conduite à ses convictions religieuses et de choisir sa profession. Le legs qui est subordonné à la condition de se faire prêtre ou, au contraire, de renoncer à cet état enfreint donc l'ordre public à un double titre.

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que tout legs soumis à pareille condition doive automatiquement être annulé ou que la condition

(12) RICARD, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, T. II, n° 264, p. 150.

(13) *Ibid.*, n° 265.

(14) *Ibid.*, n° 270, p. 151.

(15) *Œuvres complètes*, T. II, « Traité des testaments », ch. VII, sect. II, n° 92, p. 102.

(16) *Ibid.*, n° 89, p. 100.

doive être tenue pour non écrite. La nature ou la valeur de l'objet légué peuvent en effet révéler que le testateur n'a pas eu pour but de gêner la liberté du légataire et que la conduite de ce dernier n'a pas pu être déterminée par le désir de recueillir la libéralité. Un legs d'une somme modique, par exemple, ou d'un objet qui ne peut avoir d'utilité que pour un prêtre, sera normalement interprété comme n'ayant pu amener une personne à trafiquer de sa liberté (17). Un legs de ce genre, si on analyse l'intention qui l'a dicté, n'est pas fait non plus *dans le but* d'agir sur la volonté du légataire, mais uniquement *en prévision du cas où* celui-ci prendrait la décision d'embrasser l'état ecclésiastique. Et quand bien même le testateur aurait déclaré vouloir gêner la liberté du légataire, le pouvoir d'appréciation du tribunal reste entier (18).

109. — Ce sont les mêmes principes qui gouvernent le sort d'une condition relative à la liberté de choisir sa profession. La nature de la profession ou du métier, pourvu qu'il soit honnête, n'importe pas plus que lorsqu'il s'agit de la condition de se faire prêtre ; celui qui décide de son orientation future doit en demeurer le seul juge. De telles conditions sont d'ailleurs rares en pratique et ne se rencontrent, à vrai dire, qu'à l'occasion de legs d'une bibliothèque technique ou d'un autre objet qui ne présente d'utilité que pour un homme de l'art. Et cette circonstance est à elle seule exclusive d'une intention d'influencer le choix que le légataire doit faire de sa profession (19). Le fait que le légataire aurait déjà, au moment du décès du testateur, commencé les études conduisant à la profession ou au métier en vue duquel le legs lui est adressé nous semblerait devoir être interprété normalement dans le même sens (20).

110. — Nous n'avons relevé aucun exemple, en jurisprudence québécoise, d'un legs soumis à la condition d'établir son domicile en un lieu déterminé. Les auteurs anciens y voyaient une atteinte à la liberté naturelle (21) et les premières décisions, en France, réputaient la condition non écrite parce qu'elle prive le légataire de « la faculté qui appartient à tous les citoyens de prendre leur

(17) BARTIN, *op. cit.*, pp. 149-150 ; de LESTARD, *op. cit.*, n° 106.

(18) Grenoble, 11 août 1847, D. 1848.2.113.

(19) MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, pp. 17-18.

(20) *Contra* : BARTIN, *op. cit.*, p. 157.

(21) DOMAT, *Lois civiles*, Liv. III, « Des testaments », Tit. I^{er}, sect. VIII, n° 18 ; FURGOLE, *Œuvres*, T. II, « Traité des testaments », ch. VII, sect. II, n° 104.

domicile partout où leurs affaires, leurs affections ou leurs goûts les appellent » (22). Mais la jurisprudence s'est bientôt départie de cette intransigeance et considère aujourd'hui, avec la Doctrine, la condition comme valide, dès lors que l'intention dont elle procède et qui l'explique n'est pas blâmable (23). Mais cette condition n'est souvent pas sans liens avec la liberté du travail elle-même, car l'obligation de résider en un certain lieu pourra entraîner éventuellement comme conséquence l'abandon d'un commerce ou l'impossibilité de continuer à exercer un métier (24). Cette hypothèse ne modifie naturellement pas le fond du problème : mais l'atteinte à la liberté personnelle étant plus grave, il serait alors normal de faire preuve sinon d'une rigueur, du moins d'une prudence accrue.

III. — En somme, il ressort de notre étude sur les conditions relatives aux libertés publiques qu'il est, en toute cette matière, un écueil à éviter avec soin : c'est de vouloir porter un jugement de principe, sans examiner les circonstances particulières à chaque cas d'espèce. Le XIX^e siècle n'a pas toujours su se garder de cette tentation et il faut bien avouer que le désir de maintenir intacts les droits sacrés de la personne humaine peut facilement inciter à adopter une attitude intransigeante. On eut tôt fait de s'apercevoir toutefois que des conditions touchant apparemment à des libertés aussi inviolables que la liberté de conscience par exemple, n'étaient pas toujours la manifestation d'une intention tendant à dépouiller le légataire d'un des attributs essentiels de sa personnalité ; qu'il est des conditions qu'on pourrait, dans l'abstrait, juger contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs et qui n'ont eu en réalité *ni pour but ni pour effet* de restreindre ou de gêner en quelque façon le légataire dans sa conduite. A partir de ce moment, les tribunaux se sont vus forcés d'examiner chaque cas d'espèce et de rechercher chaque fois non seulement les *motifs* auxquels avait obéi le testateur et qui expliquaient les restrictions qu'il avait mises à ses legs, mais également le *résultat* que pouvait produire la condition sur la volonté du légataire.

Si le testateur n'a eu pour *seule* fin que d'amener le légataire à renoncer à sa liberté en échange d'une libéralité, cette dernière

(22) Rouen, 1^{er} juin 1892, *Gaz. Pal.*, 1892.2.315. Bordeaux, 25 août 1876, S. 1877.2.247.

(23) Alger, 11 janvier 1876, D. 1877.2.124 ; Req., 23 janvier 1877, D. 1877.1.350 ; Rennes, 7 mars 1904, S. 1907.2.241, note HÉMAR ; Req., 10 mars 1925, S. 1925.1.32 ; Req., 17 mars 1925, S. 1927.1.281, note MOREL.

(24) Req., 17 mars 1925, S. 1927.1.281, note MOREL.

doit tomber sous le coup de l'article 989 du Code du Québec (art. 1131 du Code civil), car elle porte alors atteinte à la licéité de la cause. Si, en revanche, la libéralité peut s'expliquer par une pensée louable ou même simplement indifférente, mais qu'elle est, suivant l'appréciation du tribunal, de nature à porter atteinte à la liberté du légataire, on devra tenir la condition seule pour non écrite et donner effet à la disposition comme si elle était pure et simple. On peut enfin rencontrer l'hypothèse où le testateur a effectivement voulu exercer une influence sur la conduite future du légataire sans toutefois que ce motif constitue l'unique cause du legs, et où, par suite des circonstances, la condition n'a pas eu l'effet que le testateur avait envisagé : elle est alors pleinement valable. La cause *Renaud c. Lamothe* en est une illustration.

§ 2. — Conditions relatives au mariage.

112. — De toutes les conditions assortissant des legs, celles qui concernent la liberté de se marier sont parmi les plus fréquentes. Ce sont, pour les auteurs, les conditions types. Elles ont donné lieu à une littérature très abondante et c'est à leur sujet aussi qu'on a réalisé l'effort de systématisation le plus poussé. Elles ont été soumises à maintes reprises à l'appréciation des tribunaux sans que ceux-ci modifient néanmoins leur position de façon substantielle. Comme elles présentent une assez grande variété, on peut, pour plus de clarté, les classer en conditions impératives — condition de se marier ou de se remarier soit en général, soit avec telle personne ou telle catégorie de personnes déterminée — et en conditions prohibitives — condition de ne pas se marier ou de ne pas se remarier soit en général, soit avec telle personne ou telle catégorie de personnes déterminée. Disons d'ailleurs tout de suite que cette classification, à laquelle on a déjà attaché quelque importance par le passé, n'est désormais plus la base d'aucune différence de traitement. Que la condition soit impérative ou prohibitive, qu'elle soit absolue ou relative, qu'elle concerne le célibat ou la viduité, ce sont les mêmes principes qui sont impliqués, les mêmes solutions qui sont adoptées.

Les anciens auteurs attachaient une grande importance à ces distinctions à partir desquelles ils prétendaient graduer savamment la gravité de l'atteinte portée à la liberté du légataire. « On peut dire en général, écrivait Furgole, que les conditions qui tendent à défendre le mariage à des personnes qui n'ont jamais été mariées, sont rejetées, comme contraires aux bonnes mœurs : celles qui ne tendent qu'à défendre le mariage avec certaines

personnes, ou avec des personnes d'une certaine Ville, ou d'un certain lieu, ne sont pas rejetées : on ne rejette pas non plus celles qui tendent absolument à défendre les seconds mariages, ni celles qui ont pour objet d'obliger à épouser une personne certaine désignée par le Testateur » (25).

Sous le prétexte que la loi se montrerait défavorable aux secondes noces, on aurait voulu trouver là un motif de considérer comme licite la condition de garder viduité, alors qu'on aurait dû annuler celle de garder le célibat (26). Cette distinction, dont les origines remontent à l'Ancien droit, pourrait expliquer la relative facilité avec laquelle la jurisprudence française a admis, au début du XIX^e siècle, la validité de la clause interdisant à une personne de convoler en secondes noces (27). Il est surprenant de constater, en effet, qu'on ne retrouve pas dans les décisions qui y sont relatives les mêmes réticences que dans celles qui avaient à juger d'une condition interdisant un premier mariage. Quant à la jurisprudence québécoise, elle n'a jamais invoqué expressément cette distinction, mais on relève assez curieusement et de façon incidente dans un jugement concernant une autre question (28) cette remarque : « ... there is found a universal sentiment of impatience and jealousy towards conditions in general restraint of marriage or the marriage relation. A notable exception, into the causes of which I need not enter, is the validity of a condition that the surviving consort shall not re-marry on pain of forfeiting his or her rights in an estate. » Aussi est-il vraisemblable de supposer que la prétendue défaveur de la loi à l'égard des secondes noces n'a pas été non plus étrangère, dans le Québec, aux raisons qui ont motivé les solutions de la jurisprudence.

(25) *Œuvres*, T. II, « Traité des testaments », ch. VII, sect. II, n° 52, p. 85. Voir dans le même sens : MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*. V^o Condition, § I.

(26) G. LEPELLETIER, *Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, thèse Paris, 1889, pp. 222-224.

(27) Toulouse, 25 avril 1826, S. 1827.2.13 ; Pau, 21 décembre 1844, S. 1845.2.454 ; Douai, 11 janvier 1848, D.P. 1848.2.148 ; Montpellier, 14 juillet 1858, S. 1859.2.305 ; Req., 18 mars 1867, S. 1867.1.204. Cette défaveur à l'égard des secondes noces a pu trouver, pendant un certain temps, quelque appui dans le Code civil lui-même : de 1891 à 1917, l'article 767 C. civ. ne déclarait-il pas que « en cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse s'il existe des descendants du défunt ».

(28) *Webster v. Kelly* (1891), M.L.R., 7 C.S. 25 (29) : « ... Il y a un sentiment unanime de suspicion et de méfiance à l'égard des conditions qui entravent le mariage. Une notable exception, dont je n'ai pas à analyser les causes, est la validité d'une condition à l'effet que le conjoint survivant ne devra pas se remarier sous peine d'être privé de ses droits dans une succession. »

113. — Il convient d'examiner dès maintenant, vu l'immense portée que son adoption commanderait sur toute notre matière, une théorie qui n'a jamais eu en France qu'un succès bien limité, s'il faut en juger par les quelques brèves allusions qui lui ont été consacrées de façon purement occasionnelle, mais qui est en passe de devenir la théorie officielle de la Doctrine québécoise.

Elle a été émise et longuement défendue par Billette d'abord, dans son *Traité de droit civil canadien*. Elle se fonde sur deux principes d'une évidente vérité, à savoir que, d'une part, « il n'y a rien d'immoral ou d'antisocial à se marier ou à ne pas se marier » et d'autre part, que « personne n'est tenu d'accepter les dons ou legs qui lui sont offerts » (29). A partir de quoi il faudrait conclure que tout legs assorti d'une condition impérative ou prohibitive de mariage mettrait le légataire en face d'une simple option entre accomplir la condition et bénéficier du legs ou refuser le legs s'il juge la condition trop onéreuse. L'option du bénéficiaire serait libre et, en conséquence, la clause n'aurait rien d'illicite. « Nous ne saurions nous opposer trop fortement, écrit Billette, à la doctrine et à la jurisprudence qui voient un motif de nullité dans la gêne où se trouve le bénéficiaire, devant la liberté qui lui est offerte. La loi ne prohibe que les actes illicites et non les actes de gêne. Il n'est pas de principe plus illogique et plus faux. » (30) Et M. Roch qui, à la même page de son ouvrage, condamnait toute condition relative à la liberté de conscience, adopte, sans même remarquer la contradiction entre ses deux affirmations, la position de Billette sur les conditions relatives au mariage (31). En effet, bien qu'elle ait été discutée à propos des conditions relatives au mariage, on ne voit pas quel obstacle devrait empêcher d'étendre ce que nous appellerons la *théorie de l'option* à toutes les conditions restrictives de la liberté d'un légataire. Dira-t-on que les différents droits et libertés de la personne humaine ne sont pas tous également inviolables ? Que la liberté religieuse, notamment, est une liberté plus sacrée que celle de choisir sa profession ou que celle de se marier ? Il n'y a pourtant en soi « rien d'immoral ou d'antisocial » à professer telle religion plutôt que telle autre, non plus qu'à changer de religion ou à n'en pas avoir. En adoptant le point de vue de Billette qui est de ne considérer que l'objet de la condition litigieuse, aucune condition n'est illicite que celle qui prescrit l'accomplissement d'un acte illicite. « Il y a quelque chose d'illogique et de ridicule,

(29) BILLETTE, *op. cit.*, n° 115, p. 77.

(30) *Ibid.*, pp. 79-80.

(31) ROCH, *op. cit.*, T. V, p. 38.

écrit-il encore, dans l'assimilation de telles conditions ou charges, à celle de commettre un meurtre ou tout autre acte réprouvé par les lois ou une conscience honnête. » (32)

Suivant son système, on peut se demander ce que devient l'article 760 du Code du Québec : il paraît, en effet, non seulement inutile, mais erroné. Car si on valide toutes les conditions qui n'ont pas directement pour objet un acte illicite, parce que la loi ne prohibe pas les « actes de gêne », jamais une condition testamentaire ne devra être réputée non écrite. Ou bien elle sera valide ou bien toute la disposition sera nulle par application de la théorie de la cause. Il le reconnaît d'ailleurs lui-même lorsqu'il écrit : « Nous ne voyons qu'un seul cas où de semblables conditions seraient illicites. C'est celui où elles seraient la cause exclusive de la libéralité. » (33)

114. — Mais le plus grave reproche que l'on puisse faire à cette théorie de l'option, c'est de s'appuyer sur une analyse non seulement inexacte, mais encore dépourvue de réalisme. Car s'il est incontestable qu'il n'y a rien d'illégal à se marier ou à ne pas se marier, à résider en tel lieu plutôt qu'en tel autre, à professer telle religion et non telle autre, on remarquera que cela n'a rien à voir avec la condition de se marier ou de ne pas se marier, d'établir son domicile en tel endroit ou d'embrasser telle religion. Pareille condition n'a pas, en effet, pour objet l'accomplissement d'un acte illégal en soi, mais *l'abdication de la faculté d'accomplir un acte légal*. En d'autres termes, ce que le droit interdit ce n'est pas qu'une personne se marie ou ne se marie pas, mais qu'elle renonce à la liberté qu'elle a de le faire moyennant une libéralité en nature ou en espèces. C'est ce marché, c'est ce trafic qui est contraire à l'ordre public. Voilà pourquoi l'on doit, en face d'une condition restrictive de la liberté individuelle, rechercher quel but le donateur a voulu atteindre.

En outre, affirmer qu'on est toujours libre de refuser le legs qui nous est offert, c'est se faire de la liberté humaine une opinion bien élevée mais peu réaliste, et qui n'est pas au surplus celle du législateur ; car si celui-ci n'avait pas pris en considération l'obstacle de fait, celui qui n'a pour conséquence que d'affaiblir la liberté sans la supprimer, pourquoi aurait-il édicté l'article 760 du Code du Québec ? Cet argument n'a pas échappé à la Doctrine française et c'est sur ce terrain des faits qu'elle se

(32) *Op. cit.*, n° 115, p. 77.

(33) *Op. cit.*, p. 78.

place pour rejeter la théorie de l'option. « Une liberté qui s'achète à prix d'argent, remarque M. Guiho, n'est pas une véritable liberté ; il est incontestable que la liberté se trouve alors restreinte par un obstacle de fait qui en rend l'exercice difficile, et cela suffit à rendre la clause illicite. » (34)

Encore que la thèse de Billette soit devenue, par suite de l'adhésion que lui a apportée M. Roch, la thèse acceptée à l'heure actuelle par la Doctrine dans le Québec, elle n'a encore trouvé aucun écho dans la jurisprudence. Il eut d'ailleurs été surprenant que celle-ci, constamment aux prises avec la réalité de la vie juridique qu'elle doit s'efforcer de serrer d'aussi près que possible, ratifiât une théorie qui fait si bon marché de la complexité des mobiles humains. Sa méthode, pour être moins catégorique, est aussi plus sage ; elle se confond d'ailleurs pratiquement, comme nous allons le voir, avec celle de la jurisprudence française.

115. — Un fait qui peut, à première vue, paraître surprenant, mais qui est révélateur de l'attitude fondamentale des tribunaux québécois à l'égard des clauses touchant le mariage, c'est que ces clauses sont à peu près constamment validées sans faire l'objet de longues justifications. On se contente, par exemple, d'affirmer que la condition litigieuse est légale ou qu'elle n'est pas contraire aux bonnes mœurs (35). Est-ce à dire qu'on a pris le parti d'en admettre sans discussion et sans réserve la validité ? Une telle conclusion pourrait avoir pour elle les apparences de la vérité, si c'était là l'interprétation nécessaire, la seule possible que l'on pût tirer du silence de la jurisprudence. Mais pour quelle raison les conditions relatives à la liberté de se marier seraient-elles traitées par la loi différemment de toutes celles qui portent atteinte aux autres libertés du légataire ? On ne voit pas bien ce qui commanderait qu'on leur donnât *a priori* un traitement de faveur. Le fait que de telles clauses soient, dans l'immense majorité des cas, avalisées par les tribunaux ne prouve qu'une chose : c'est qu'elles ne réunissent pas, le plus souvent, les conditions qui les rendraient illégales.

On trouve une nette confirmation de ce point de vue dans un jugement de la Cour supérieure (36) où est examinée la validité

(34) Note sous *Chambéry*, 2 décembre 1952, J.C.P. 1953.II.7632. Voir dans le même sens : note de M. NAQUET sous *Req.*, 11 novembre 1912, S. 1914.I.185 ; et SERRAND, *La Condition de viduité apposée aux libéralités*, thèse Paris, 1920, pp. 19-20.

(35) *Forsyth v. Williams* (1850), 2 R.J.R.Q. 416.

(36) *Tessier v. Tessier* (1919), 56 C.S. 266 (268-269). Les italiques sont de nous.

d'un legs d'usufruit par un mari à sa femme jusqu'à son convol. Ce legs, se demande le juge, contient-il « une clause dérogatoire à la liberté individuelle en ce qu'il frappe de la perte de son usufruit, *comme d'une peine*, le fait par la femme de contracter librement un second mariage » ? Et il répond : « Si tel avait été le but de la disposition — et il n'est pas du tout impossible de le constater *par les circonstances*, — il faudrait, en effet, annuler la condition du testament qui la contiendrait. Mais *généralement*, le but et l'effet de telles dispositions sont très légitimes : c'est d'assurer à la femme les moyens de vivre, tant qu'elle restera sans appui et peut-être sans ressources. » *Tout se passe donc comme si*, ces conditions étant *généralement* inspirées au testateur par une intention honnête, par un souci de prévoyance notamment envers le gratifié, les tribunaux en présument la validité jusqu'à ce qu'il soit démontré « par les circonstances » que cette intention était au contraire répréhensible.

Mais dire que ces conditions sont *présumées* valables jusqu'à ce que celui qui en conteste la validité ait établi le bien-fondé de sa prétention est une affirmation difficilement justifiable. Il est, en effet, exclu qu'il s'agisse d'une présomption légale, puisque le texte de loi qui serait nécessaire pour l'établir est inexistant (art. 1239 du Code du Québec ; 1350 du Code civil). Quant à une présomption de l'homme, comme celle-ci repose sur des indices particuliers à chaque cas d'espèce et dont l'appréciation est abandonnée à la discrétion judiciaire, on ne voit pas ce qui pourrait autoriser à formuler une règle générale.

Dès lors, la seule façon d'expliquer le fait que la jurisprudence québécoise s'abstienne de justifier ses décisions chaque fois qu'une clause impérative ou prohibitive de mariage est validée, c'est d'affirmer qu'une telle clause est, en principe, valable à moins qu'elle n'ait été dictée par une intention blâmable. C'est, à première vue, la position même de la jurisprudence française. Ainsi un arrêt de la chambre des requêtes du 30 mai 1927 déclarait : « Mais attendu que la condition de viduité imposée par le testateur à sa femme survivante pour qu'elle puisse profiter de ses libéralités... ne doit pas, en règle générale, être considérée comme contraire aux mœurs ; qu'elle ne peut être réputée non écrite que dans le cas où elle a été dictée par des motifs répréhensibles, dont la preuve incombe à la partie qui en demande l'annulation. » (37)

Mais quelle raison invoquera-t-on pour tenir ces conditions

(37) Rapporté en note : S. 1935.2.18.

pour valables en règle générale ? Dira-t-on que, puisqu'elles sont inspirées, dans la majeure partie des cas, par une pensée honnête, on conclut de ce qui se passe généralement à ce qui a dû se passer dans le cas litigieux ? C'est affirmer, en d'autres termes qu'il existe une présomption de validité ; or, nous venons de voir que cette conclusion est difficilement admissible. Si ces conditions sont nulles, lorsqu'elles procèdent d'une intention répréhensible, ne faut-il pas reconnaître nécessairement, en contrepartie, qu'elles ne sont valables que lorsqu'elles procèdent d'une intention honnête ? Il y aurait donc quelque chose d'illogique, puisque toutes ces conditions relatives aux libertés essentielles de la personne peuvent aussi bien être licites qu'illicites, à ne pas rechercher dans chaque hypothèse, quelle a été l'intention du testateur : c'est elle, en effet, qui constitue l'élément permettant de déterminer le sort de la condition. La position de la jurisprudence française, dans ce qu'on peut considérer comme le terme d'une longue évolution, n'est point autre. Un arrêt de la cour de Chambéry, du 2 décembre 1952, ne déclare-t-il pas : « ...il résulte du dernier état de la jurisprudence que la condition de viduité » — et il en va de même de toutes les conditions relatives au mariage du légataire — « est licite si elle est justifiée par des motifs naturels et respectables ; qu'elle devient au contraire immorale quand elle est inspirée par des sentiments répréhensibles » (38).

Les efforts de la Doctrine pour dégager une règle générale ont abouti à des conclusions directement opposées entre elles : les uns tiennent les conditions touchant à la liberté du mariage pour non écrites en principe et valides dans certains cas (39), les autres pour valides en principe et non écrites dans certains cas (40). Or ces contradictions dépendent uniquement de ce que, cherchant à tirer des cas particuliers une règle générale, les premiers ont jugé que ces conditions portaient *normalement* atteinte à la liberté du mariage, les seconds qu'elles étaient *normalement* le résultat d'une intention honnête de la part du testateur. Mais ces conditions, étant *en elles-mêmes* juridiquement sans couleur, n'offrent pas prise à un jugement *a priori*. C'est pourquoi, ce n'est qu'à la lumière des circonstances, à la suite d'une recherche

(38) *Gaz. Pal.*, 1953.I.138 et J.C.P. 1953.II.7632.

(39) LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, T. III, p. 13. SAVATIER, *Cours de droit civil*, T. III, n° 820, p. 413 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, n° 3548, p. 1133.

(40) MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, pp. 17-18. AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. XI, § 692 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. V, n° 275.

des motifs qui les ont inspirées, qu'elles pourront être ou non maintenues.

116. — Le problème se ramène donc à une appréciation de ces motifs, appréciation dans laquelle les tribunaux semblent conserver la plus entière liberté. Constituent, selon la jurisprudence, des motifs légitimes d'une clause prohibitive de mariage ou de remariage : le désir d'assurer l'avenir de son conjoint survivant (41) ou des enfants jusqu'à leur mariage (42), l'âge avancé du légataire (43), le souci enfin de protéger une personne contre sa faiblesse (44). En revanche, ce que la jurisprudence appelle « un sentiment de jalousie posthume » de la part du testateur (45), non plus que la volonté d'empêcher une personne d'épouser son amant ou sa maîtresse (46) ne sont considérés comme licites (46 a).

Tout en admettant la justesse de l'intention qui préside à cette recherche, on peut critiquer certains éléments de cette classification comme reposant sur une estimation subjective et souvent arbitraire. Arbitraires notamment, nous semble-t-il, les décisions qui ne s'appuient que sur l'âge plus ou moins avancé du légataire pour avaliser ou rejeter une condition prohibitive de mariage. On est tenté de sourire à la lecture du jugement qui déclare non écrite une clause de viduité imposée à une femme âgée de vingt ans sous le prétexte « qu'il est immoral d'imposer, sans motifs sérieux, à une jeune femme de cet âge, sous peine de perdre la majeure partie de sa fortune, une condition qui l'oblige à garder le célibat perpétuel pour lequel elle peut n'avoir aucune

(41) Cabana v. Latour (1903), 24 C.S. 83 ; Tessier v. Tessier (1919), 56 C.S. 266 (268-269).

(42) Whelan v. Whelan (1893), 3 C.S. 442 ; Farmer v. Smith (1906), 29 C.S. 406 (410).

(43) Paris, 1^{er} avril 1862, S. 1862.2.145 ; Nancy, 20 décembre 1879, S. 1881.2.7 ; Req., 11 novembre 1912, D.P. 1913.1.105.

(44) Caen, 16 mars 1875, S. 1875.2.143 ; Caen, 24 juillet 1894, D.P. 1895.2.269 ; Civ., 16 décembre 1913, S. 1914.1.460 ; Limoges, 5 novembre 1940, J.C.P. 1941.II.1700.

(45) Caen, 24 juillet 1894, D.P. 1895.2.269 ; Limoges, 5 novembre 1940, J.C.P. 1941.II.1700.

(46) Bruxelles, 6 mai 1809, S. 1809.2.341 ; Paris, 8 mars 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.2.103 ; Chatellerault, 8 février 1949, D. 1949.467.

(46 a) BILLETTE, *op. cit.*, n° 115, p. 79, écrit également : « Même la prohibition ou l'ordre de se marier, seraient justifiés, s'il y avait cause légitime. L'état du bénéficiaire, son âge, ses infirmités, les calculs sordides dont il pourrait être l'objet, seraient une juste cause de prohibition. Par contre, une situation à régulariser, des enfants naturels à légitimer, ne seraient que des causes louables. » M. ROCH, à la page 39 de son ouvrage, reprend à son compte cette citation de BILLETTE ; mais une regrettable erreur de copiste rend le texte en partie incompréhensible...

vocation, alors qu'elle a déjà expérimenté le mariage ; que c'est porter atteinte à sa liberté individuelle et sinon l'exciter, au moins l'exposer à tomber dans l'inconduite ou le concubinage » (47). En vertu de quel critère maintiendra-t-on même une interdiction de se marier faite par un testateur à sa vieille servante âgée de soixante-treize ans ? Dira-t-on, comme la Cour de Paris (48), que le testateur est venu « en aide à l'honnêteté publique » ! Quelle exagération n'y a-t-il pas à valider une clause de viduité lorsque la légataire a quarante ans (49) et à la tenir pour non écrite parce que, la veuve n'ayant que trente-huit ans, « il ne saurait être question de la protéger contre les assauts tardifs de cette période de la vie où le mariage est toujours dangereux pour une femme » (50) !

117. — Si la recherche des intentions qui ont guidé le testateur et des circonstances extérieures qui peuvent éclairer ces intentions nous paraît un juste critère d'appréciation de ces conditions touchant la liberté du mariage, c'est dans la mesure où cette recherche permet au juge de déterminer si le testateur a eu en vue d'imposer au légataire, « comme une peine », pour reprendre l'expression de la Cour supérieure (51), l'observation de la condition qu'il a mise à son legs, ou tout simplement a voulu prévoir la réalisation de la condition comme un événement modifiant les raisons qu'il avait de faire ce legs. C'est ainsi que le mari qui institue son épouse légataire « tant qu'elle gardera viduité » peut n'avoir entendu que lui procurer les moyens de vivre jusqu'à ce qu'un second mariage assure d'une autre façon, mais également son avenir (52). Il n'y a évidemment là aucun sentiment de jalousie posthume, bien au contraire ; et la reconnaissance de l'intention du testateur est le moyen grâce auquel il est possible de décider si la condition testamentaire devait jouer ce que nous appellerons un *rôle de commandement ou bien de prévision*. Ainsi, celui qui charge ses exécuteurs testamentaires de verser annuellement à sa fille une certaine somme d'argent tant qu'elle ne sera pas mariée n'a pas voulu lui interdire le mariage ; et la Cour l'a bien reconnu

(47) Caen, 24 juillet 1894, D.P. 1895.2.269 ; cassé par Civ., 22 décembre 1896, D.P. 1898.1.537.

(48) Paris, 1^{er} avril 1862, S. 1862.2.145.

(49) Nancy, 20 décembre 1879, S. 1881.2.7.

(50) Poitiers, 23 octobre 1934, S. 1935.2.18 ; confirmé par Civ., 24 octobre 1939, S. 1940.1.32. Voir également : Colmar, 5 janvier 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.684.

(51) Tessier v. Tessier (1919), 56 C.S. 266 (268).

(52) Cabana v. Latour (1903) 24 C.S. 83 ; Corbeil v. Corbeil (1936). 61 B.R. 205 ; Tessier v. Tessier, *supra*.

en affirmant que « la clause dans un testament par laquelle le mariage d'une fille, *prévu* par le testateur, son père, est apposée *comme terme* » (l'expression est impropre, mais l'idée nous semble fort juste) « à un legs d'aliments qu'il lui fait tant qu'elle ne sera pas mariée, est légale, et doit être exécutée, et que le droit aux aliments, sous les dispositions du testament, cesse par le mariage de cette fille » (53).

118. — La question s'est posée de savoir quels sont les faits qui doivent être considérés comme constituant une infraction aux clauses impératives ou prohibitives de mariage ; faut-il, en d'autres termes, donner ou non à ces dernières une interprétation restrictive ? La jurisprudence n'a pas voulu, ici non plus, poser de principes absolus : c'est la volonté du testateur qui a édicté la condition, c'est elle qu'il faut analyser pour en préciser le sens et la portée.

Une femme que son mari avait instituée usufruitière de tous ses biens jusqu'à son convol ne fut pas déchu du bénéfice de son legs par suite de la survenance d'un enfant naturel, car, déclara avec raison le tribunal, « rien ne prouve que la pensée (du testateur) se soit portée sur le cas de survenance d'un enfant naturel, ni qu'il ait entendu attacher à cette circonstance le même effet qu'au convol » (54). En revanche, la conclusion d'un mariage nul a été jugée dérogatoire à une condition de viduité (55) ; mais rien n'interdit de penser qu'en d'autres circonstances la solution inverse ne serait pas adoptée.

A deux reprises également, la condition d'épouser telle personne désignée a été réputée accomplie malgré le refus de celle-ci de contracter mariage, parce que le légataire avait fait tout ce qui dépendait de lui pour exécuter la condition (56). La seule règle que les tribunaux s'imposent est en somme de demeurer fidèles aux intentions du testateur.

§ 3. — Conditions relatives au droit d'intenter une action en justice.

119. — Le caractère souverain de cette règle ressort avec d'autant plus de netteté que le droit mis en jeu est plus étroite-

(53) *Whelan v. Whelan* (1893), 3 C.S. 442 (443). Les italiques sont de nous.

(54) Douai, 11 janvier 1848, D.P. 1848.2.148.

(55) Poitiers, 21 janvier 1901, S. 1902.2.237. AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. XI, § 692, p. 183. Une union libre pose un problème analogue.

(56) Lyon, 27 mars 1868, S. 1868.2.307 ; Montpellier, 26 décembre 1892, S. 1894.2.308.

ment lié à l'ordre public et que toute concession à son sujet semble plus dangereuse. Le droit, par exemple, pour les époux de faire prononcer entre eux une séparation de corps ou un divorce est une faculté que la loi garantit de façon absolue. Mais la condition qui y est relative ne tombe pourtant pas automatiquement sous le coup de l'article 760 du Code du Québec.

Les tribunaux québécois ont eu à juger une curieuse affaire où un testateur avait adressé à sa fille un legs qui ne devait lui être versé qu'au cas où elle deviendrait veuve ou obtiendrait une séparation de corps d'avec son mari. Quelle était donc l'intention du testateur ? Voulait-il simplement que l'objet de son legs ne tombât pas sous le contrôle de son gendre ? La condition était alors inutile, puisque les époux s'étaient mariés en régime séparatiste ; et l'ignorait-il qu'il n'avait qu'à stipuler une clause de propre. Voulait-il plutôt prémunir sa fille contre une situation où elle aurait besoin de disposer d'un avoir personnel : décès de son mari ou séparation de corps ? C'était vraisemblable. L'enquête démontra cependant qu'il n'en était rien ; que le testateur détestait son gendre et qu'il avait déjà, de son vivant, essayé, mais en vain, de pousser sa fille à intenter une action en séparation de corps. Et il apparaissait, de ces circonstances, que le legs conditionnel était une ultime tentative pour amener la légataire, par l'appât du gain, à se séparer de son époux. Au surplus, déclara la Cour, advenant des difficultés financières, le désir de toucher le legs pourrait avoir pour effet de décider la femme à abandonner son mari ; et la crainte de perdre le bénéfice du legs empêcher une éventuelle réconciliation. La condition fut donc déclarée non écrite (57).

Mais, dans l'hypothèse où le testateur n'aurait pas eu pour but de provoquer la séparation de corps ; en admettant, comme le suppose Billette (58), que le gendre eût été riche et que le testateur n'eût pas nourri envers lui des sentiments d'animosité, la décision n'aurait-elle pas été différente ? Il ne faut pas en douter.

Si l'intention de pousser une personne à intenter une séparation de corps ou un divorce est illicite, celle de l'en détourner ne l'est pas moins. Et la condition qui poursuivrait une telle fin serait à coup sûr condamnée par la jurisprudence. Le cas s'est d'ailleurs déjà présenté, mais il s'agissait d'une donation faite par contrat de mariage et subordonnée à une clause résolutoire au cas où une dispute entre les époux conduirait l'un d'eux à recourir aux tribu-

(57) *Webster v. Kelly* (1891), M.L.R. 7 C.S. 25.

(58) *Op. cit.*, n° 117, p. 82.

naux. « Un conjoint ne peut licitement être privé du droit de demander la séparation de corps, déclara le juge, puisqu'il est absolument contre l'ordre public de vouloir forcer un conjoint à vivre avec l'autre qui l'a trompé, ou s'est rendu coupable envers lui d'excès, sévices ou injures. » (59) Il n'y a aucune raison de penser que pareille condition serait traitée plus favorablement, si elle assortissait un legs au lieu d'une donation par contrat de mariage, dès lors qu'elle aurait pour but de faire renoncer le légataire à son droit de demander la séparation de corps en considération d'une récompense quelconque.

120. — Il faut rapprocher de ce genre de conditions celle par laquelle un testateur interdit à l'un de ses légataires d'attaquer en justice son testament, sous peine de se voir privé du bénéfice de son legs. Les décisions qui ont eu à en apprécier la validité sont nombreuses, surtout en France où, la liberté de tester étant plus étroitement réglementée, le testateur croit ainsi mettre ses dernières volontés à l'abri de toutes les contestations possibles.

Dans le Québec, la cause devenue classique en cette matière et dont le jugement fait depuis autorité est celle de *Evanturel c. Evanturel* (60). La Cour supérieure tint d'abord la clause pour non écrite, entre autres motifs parce que son application « aurait pour effet de favoriser le faux, l'incapacité de tester, la suggestion et captation frauduleuse et malicieuse, qui tous sont des moyens de nullité reconnus comme légitimes et suffisants pour annuler un acte de dernière volonté. » (61) De son côté, la Cour de révision la déclara valable et la cour d'appel non écrite. Le Conseil privé, mettant fin à ce long débat, confirma le jugement de la Cour de révision : « Upon principle, déclara le jugement, it is to be observed that the prohibition cannot be absolute, and can be invoked only where the validity of a will has been unsuccessfully contested. If there be a clear and patent defect in the formalities attending the execution of the instrument, or if the incapacity of the alleged testator be clear and notorious, the heirs or other parties interested will, of course, contest the will,

(59) *Weingart v. Stober* (1920), 57 C.S. 321 (330) et (1922), 60 C.S. 55.

(60) Jugements de la Cour supérieure, de la Cour de révision et de la cour d'appel rapportés à (1872), 16 L.C.J. 258 ; et du Conseil privé à (1874), 12 R.J.R.Q. 448. La jurisprudence antérieure à cette décision du Conseil privé n'a plus aucune valeur : *Viger v. Pothier* (1830), 1 R.J.R.Q. 319 ; *Freligh v. Seymour* (1857), 6 R.J.R.Q. 392.

(61) 16 L.C.J. 259.

and contesting it successfully, will set it aside with the clause of forfeiture. » (62)

121. — On a là, en substance, la solution admise par la Doctrine et consacrée par la jurisprudence (63). Solution essentiellement pragmatique, on le voit, puisque la validité de la clause dépend directement du succès ou de l'insuccès qu'obtient celui qui, en l'enfreignant, demande en justice la nullité du testament. Pour la justifier, il faut revenir une fois de plus à l'élément qui, tout au long de cette étude, est apparu comme déterminant et qui peut seul, en définitive, fournir un juste critère d'appréciation : l'intention du testateur.

Celui qui subordonne un legs à une clause en vertu de laquelle le légataire est menacé de perdre le bénéfice de son legs s'il conteste le testament, peut obéir à deux motifs principaux. Ou bien il peut vouloir, connaissant tout l'odieux des disputes entre héritiers et les conséquences malheureuses qu'elles entraînent dans les relations familiales, retenir ses légataires d'intenter des poursuites hasardeuses, mal fondées, souvent même vexatoires : la clause pénale constitue alors une mesure fort utile pour faire réfléchir un plaideur téméraire qui risque de payer cher sa légèreté. Ou bien le testateur peut chercher, par ce moyen, à intimider ses héritiers et à les détourner ainsi d'attaquer en justice un testament que lui, testateur, sait nul, mais dont il désire assurer indirectement l'exécution. Si le légataire, passant outre à l'injonction qui lui est adressée, essaie d'obtenir que le testament soit annulé, deux hypothèses sont possibles : ou bien son action sera rejetée et il encourra l'application de la clause pénale ; ou bien elle sera accueillie et, le testament étant annulé, la clause pénale disparaîtra avec lui. Dans le premier cas, on induira que le testateur avait raison de craindre des contestations inutiles ; dans le second, qu'il était injustifiable de vouloir faire indirectement ce que la loi défend de faire directement.

Mais ce raisonnement repose non seulement sur la présomption

(62) (1874), 12 R.J.R.Q. 448 (470) : « En principe, on doit remarquer que l'interdiction ne peut pas être absolue et ne peut être invoquée que lorsque la validité d'un testament a été contestée sans succès. S'il y a un vice clair et évident dans les formalités qui ont entouré la rédaction de l'acte, ou si l'incapacité du testateur est claire et connue, les héritiers ou d'autres personnes intéressées contesteront, bien entendu, le testament ; et l'ayant contesté avec succès, ils le feront rejeter et la clause pénale avec lui. »

(63) La jurisprudence française est excessivement abondante ; citons parmi les décisions récentes : Req., 2 juillet 1900, S. 1901.1.311 ; Civ., 4 mai 1903, S. 1908.1.190 ; Req., 29 juin 1910, D.P. 1911.1.49 ; Civ., 25 février 1925, D.P. 1925.1.185 ; Civ., 17 juin 1934, D.P. 1934.1.112 ; Lyon, 5 mai 1952, D. 1953.169.

res judicata pro veritate habetur — présomption dont la nécessité sociale est évidente — mais sur le postulat que l'action du demandeur, si elle a été rejetée, était mal fondée en droit. Or, il peut arriver que l'action, tout en étant juridiquement bien fondée, soit néanmoins rejetée sans même que la validité du testament soit discutée. Elle sera, par exemple, infectée d'un vice de forme dont le défendeur tirera avantage; ou elle tombera pour incapacité, défaut d'autorisation, etc. Le légataire se verra-t-il pour autant privé de son legs? Si le critère jurisprudentiel n'est pas une formule magique, il faut répondre non; car dès lors que la question de fond n'a pas été tranchée, à partir de quoi le juge pourra-t-il présumer l'intention du testateur? Si cette intention est le véritable fondement du critère jurisprudentiel, il faut bien admettre que la validité de la clause ne peut être décidée que si l'intention du testateur peut être connue. Or le principal moyen de la connaître, c'est d'examiner la validité du testament lui-même.

Nous avons supposé jusqu'ici que les poursuites intentées par le légataire tendaient à faire annuler le testament tout entier; déclarés recevables, la clause pénale n'a plus d'existence et bien entendu la question de sa validité ne se pose plus. La Doctrine québécoise n'ayant jamais envisagé que cette hypothèse, on comprend qu'elle puisse affirmer que la clause « doit être exécutée à la rigueur, lorsque le testament lui-même est valide » (64). Mais il peut aussi se faire qu'une seule des dispositions testamentaires soit entachée de nullité et que la clause pénale ait précisément pour but d'en garantir l'exécution en incitant le légataire à abdiquer son droit d'attaquer la disposition annulable par crainte de perdre son legs. Ce sera, par exemple, une disposition créant une substitution nulle, ou ayant pour résultat de contraindre les héritiers à demeurer dans l'indivision pour un temps illimité (art. 689 du Code du Québec). La clause pénale sera-t-elle « exécutée à la rigueur » parce qu'un légataire aura, contrairement à l'injonction qui lui était adressée, contesté avec succès la validité d'une pareille disposition? La clause, n'étant pas liée exclusivement à la disposition nulle, ne suivra pas en effet le sort de cette dernière. Et pourtant il n'y a aucun doute que l'intention du testateur n'ait été de contrarier l'ordre public. Il faut donc la tenir pour non écrite (65), mais relativement seulement à la disposition qui a

(64) MIGNAULT, *op. cit.*, T. IV, p. 15. Voir aussi : BILLETTE, *op. cit.*, n° 120, p. 84; ROCH, *op. cit.*, T. V, pp. 39-40.

(65) Paris, 20 janvier 1937, D.P. 1938.2.70.

fait l'objet du jugement. Les légataires ne pourraient donc pas, forts de ce jugement, intenter d'autres poursuites sans s'exposer à être déchus du bénéfice de leurs legs.

*
**

122. — Il est à craindre que, perdant de vue ce qui est de nature à unifier le vaste problème des conditions relatives aux divers droits et libertés du légataire, la Doctrine et la jurisprudence n'en viennent à juger de chacune d'elles selon des normes différentes. La répétition de cas d'espèces analogues, la tendance à faire de la solution qui convient à la majorité des cas particuliers un règle absolue et d'application générale pourraient conduire à une espèce de sclérose du droit. N'est-ce pas précisément ce qui est en voie de se produire pour les conditions touchant à la liberté du mariage ? La tentation, à laquelle les tribunaux québécois ne résistent pas toujours, de motiver principalement leurs décisions par des décisions antérieures aggrave encore le danger. C'est pourquoi il nous a paru si important de toujours mettre en lumière l'élément commun sur le fondement duquel il devient possible d'élaborer une synthèse de la théorie des conditions testamentaires.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

123. — D'un examen superficiel de l'ensemble de la jurisprudence concernant les conditions testamentaires qui ont pour objet les droits ou les libertés des légataires, il semblerait se dégager une impression d'extrême relativité. On pourrait être tenté de croire que tout le problème se résume à une question de preuve et de libre appréciation, variable avec chaque cas d'espèce et par conséquent impossible à réduire en des formules générales et abstraites. L'analyse que nous venons de terminer nous a certes révélé une règle permanente, qui domine toute la matière et à laquelle il faut toujours revenir : la recherche de l'intention du testateur. Mais est-elle elle-même totalement abandonnée à la discrétion judiciaire ? N'obéit-elle pas à certaines constantes ? Aucune catégorie juridique ne peut-elle en rendre compte ?

Ces constantes existent et il est arrivé à la jurisprudence de les expliciter à l'occasion. A ce sujet, nous rappellerons deux décisions examinées précédemment (n^{os} 115 et 117), mais qui, mises en parallèle, nous découvrent une perspective nouvelle.

Il s'agissait, dans la première (1), d'un legs fait par un mari à sa femme et accompagné d'une condition de viduité. Cette condition, dit le juge, peut être tenue pour non écrite en ce qu'elle porte atteinte à la liberté individuelle, lorsque, d'après les circonstances, elle sera interprétée comme constituant une *peine*.

La seconde décision, au contraire, déclara légale la clause « par laquelle le mariage d'une fille, prévu par le testateur, son père, est apposée comme *terme* à un legs d'aliments tant qu'elle ne sera pas mariée. » (2)

(1) Tessier v. Tessier (1919), 56 C.S. 266.

(2) Whelan v. Whelan (1893), 3 C.S. 442. Les italiques sont de nous.

De la comparaison de ces deux décisions qui, à propos de deux clauses de même nature, adoptent des solutions contraires, apparaît le double rôle que sont susceptibles de jouer les conditions testamentaires : rôle de commandement ou rôle de prévision. Nous en avons d'ailleurs déjà souligné l'importance (n° 117). Mais par delà ce double rôle, n'y aurait-il pas une différence de nature ? Et si tel était le cas, ne voit-on pas que cette différence de nature justifierait la méthode de la jurisprudence en fournissant un fondement juridique à la recherche de l'intention du testateur ?

124. — Le mot « condition » que l'on emploie indifféremment pour désigner toutes les clauses que nous venons d'analyser est, de même que le mot « cause » par exemple, un de ces termes juridiques dont la signification est amphibologique. Il désigne en effet tantôt un événement futur et incertain dont on fait dépendre la formation ou la résolution d'un rapport de droit, tantôt une obligation imposée par le disposant au gratifié. Dans le premier sens, c'est une condition au sens strict ; dans le second, c'est une charge.

La condition et la charge sont donc deux notions bien distinctes. Leur discernement n'est pas une subtilité juridique, mais correspond parfaitement à des réalités différentes. La condition proprement dite se borne à *prévoir* un événement qui peut arriver ; la charge *impose* à une personne l'accomplissement d'un acte déterminé. A l'inverse de la charge, la condition n'implique aucune idée de contrainte ; la volonté dont elle procède respecte pleinement la liberté de celui à qui elle est adressée. Cela est vrai, il va sans dire, de la condition casuelle ; mais également de la condition potestative où il est au pouvoir de l'une des parties de faire en sorte que l'événement se réalise ou non. La charge, au contraire, a plus de prétention : elle ne laisse pas au gratifié toute sa liberté ; elle veut l'obliger à faire ou à ne pas faire quelque chose.

M. Carbonnier (3) proposait de distinguer entre la « condition-menace » et la « condition-temps » ; nous dirions plus volontiers la « condition-peine » et la « condition-temps ». La condition-peine porte directement atteinte à l'intégrité morale de la personne, puisqu'elle propose en définitive au légataire d'abdiquer sa liberté en retour d'un avantage pécuniaire. Elle rabaisse la liberté humaine, attribut essentiel et prérogative inaliénable de la personne, au rang d'une chose « dans le commerce » au sens des articles 1059 du Code du Québec et 1128 du Code civil ; et ce

(3) Note sous Chatellerault, 8 février 1949, D. 1949.467.

faisant, elle s'attaque à la notion même de personne, fondement de la liberté. On comprend donc que le droit ne puisse l'avaliser.

125. — Théoriquement faciles à discerner, possédant chacune des caractères nettement déterminés, la condition et la charge — ou, si on préfère, la condition-temps et la condition-peine — se présentent néanmoins, en pratique, sous des dehors qu'on pourrait dire ambivalents. Extérieurement, rien ne les distingue la plupart du temps l'une de l'autre. Le testateur voulait-il *obliger* le légataire à changer de religion, le faire renoncer à son droit de se marier ou encore d'intenter une action en justice ? N'entendait-il pas plutôt n'avantager le légataire *qu'au cas où* il professerait telle religion, ne se marierait pas ou ne s'adresserait pas à la justice ? Proposait-il un marché ou prévoyait-il plutôt la réalisation éventuelle d'un événement déterminé ? La clause à laquelle il a subordonné son legs devait-elle jouer un rôle de commandement ou simplement de prévision ? La recherche de l'intention du disposant permettra seule d'en décider.

126. — On peut donc tirer de ce qui précède deux principes certains : en premier lieu, selon que la clause testamentaire est une condition proprement dite ou une charge, elle est licite ou illicite ; en second lieu, pour déterminer si cette clause constitue en réalité une condition ou une charge, il faut analyser l'intention dont elle procède. Par voie de conséquence, on peut affirmer que toute clause testamentaire qui constitue une charge et qui a pour objet l'une des libertés individuelles procède d'une intention illicite.

Le prétendu relativisme du critère jurisprudentiel apparaît dès lors beaucoup moins absolu qu'on aurait pu le croire à première vue. Il pouvait sembler en effet ne dépendre que de la « discrétion » ou de la libre appréciation judiciaire. Or on voit maintenant qu'il est fondé sur une distinction *juridique* reposant elle-même sur une observation *psychologique* fort exacte. Lorsqu'un tribunal affirme qu'une clause testamentaire doit être tenue pour non écrite parce que l'intention qui l'a dictée est illicite, il reconnaît en même temps implicitement que cette clause constitue une charge et qu'une charge ne peut avoir pour objet l'une des libertés individuelles sans porter atteinte à l'intégrité même de la personne humaine et à son inviolabilité.

CONCLUSION GÉNÉRALE

127. — Il nous est arrivé, à maintes reprises, au cours de cette étude de mettre en parallèle tel texte du Code civil québécois et le texte correspondant du Code civil français. Il nous est arrivé, plus souvent encore, d'évoquer des théories élaborées par la jurisprudence française et de constater que la jurisprudence québécoise connaissait un développement analogue ou voisin. Et pourtant, s'il est une matière où les points de divergence entre les deux codes soient particulièrement accusés, c'est bien celle des testaments.

Les liens historiques qui rattachaient, en effet, le droit civil du Québec à celui de la France ont été brusquement coupés, en 1774, par l'introduction du principe anglais de la liberté de tester. On crut même, un moment, devoir accepter tout le Common Law sur les successions testamentaires ; et la Cour suprême du Canada s'employa, de toute son autorité, à faire prévaloir cette opinion. Si elle ne réussit pas à vaincre la résistance des tribunaux provinciaux, son échec ne fut toutefois pas complet : sa thèse, rejetée dans ses conséquences immédiates, continua néanmoins de subsister par l'esprit qui l'avait inspirée. On en relève encore des traces dans les récentes décisions qui ont validé des legs entre concubins au mépris des droits de la famille légitime du testateur. Un mouvement pourtant se dessine en faveur d'une interprétation plus restrictive de ce qu'on a appelé jusqu'ici la principe de la liberté illimitée de tester, interprétation dont nous avons voulu analyser ici les fondements historiques, sociaux et juridiques. Ainsi s'ouvre une nouvelle étape dans l'histoire de la liberté testamentaire. Sera-t-elle marquée, comme le désirent certains, d'une réforme législative qui, à l'exemple des deux précédentes, ira paresseusement

chercher son modèle dans le droit anglais ? Nous ne le souhaitons pas. Sera-t-elle plutôt le résultat d'un effort conjugué de la Doctrine et de la jurisprudence ? Cette étude voudrait avoir souligné les multiples avantages d'une pareille solution.

Mais quoi qu'il arrive, l'évolution est engagée, et de façon irréversible, vers une limitation de la liberté de tester et la reconnaissance de droits plus étendus en faveur de la famille légitime. Après deux siècles de divorce, le droit québécois tend ainsi à se rapprocher du droit français, pendant que celui-ci est lui-même en voie d'adopter, en faveur du conjoint survivant une position toute voisine de celle qui lui est acquise, depuis 1915, dans le Québec.

128. — Rien n'est plus improbable pourtant que de voir réapparaître un jour la réserve sous sa forme ancienne. On n'efface pas deux siècles d'histoire. La réforme inaugurée par l'Acte de Québec a maintenant marqué de son empreinte l'esprit du droit successoral québécois ; et ce n'est pas nous qui le déplorerons. On se méprendrait étrangement en croyant qu'un quelconque sentiment de regret à l'égard d'un passé révolu, qu'un vague espoir de voir rétablir un ordre de choses ancien ait jamais inspiré le présent travail. Ce qui, bien au contraire, nous a constamment animé, c'est le désir de mettre en valeur quelques-uns des caractères distinctifs du droit civil du Québec et de contribuer peut-être à ce que la liberté de tester, après avoir emprunté successivement ses principes et son inspiration au droit français d'abord, puis anglais, acquière enfin une autonomie propre. Mais à peine ce particularisme et cette personnalité de l'institution commencent-ils à se dégager que déjà pèse la menace d'une intervention législative qui placerait à nouveau — et pour combien de temps ? — la liberté testamentaire sous la tutelle du droit anglais.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Président du Conseil de l'Université,
Membre de l'Institut :
 J. SARRAILH.

Vu,
Le Doyen de la Faculté,
Membre de l'Institut :
 J. HAMEL.

Vu,
Le Président de la thèse :
 R. LE BALLE.

APPENDICE

Texte des articles du Code civil de la province de Québec mentionnés dans l'ouvrage

ART. 165. — Les époux contractent, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

ART. 173. — Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance.

ART. 185. — Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints : tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble.

ART. 187. — Le mari peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme.

ART. 188. — La femme peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère de son mari.

ART. 237. — Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère.

ART. 240. — La reconnaissance volontaire ou forcée par le père ou la mère de leur enfant naturel, donne à ce dernier le droit de réclamer des aliments contre chacun d'eux, suivant les circonstances.

ART. 597. — L'on appelle succession *ab intestat* celle qui est déférée par la loi seule, et succession testamentaire celle qui procède de la volonté de l'homme. Ce n'est qu'à défaut de cette dernière que la première a lieu.

ART. 624 b. — Si le défunt laisse un époux succcessible et une postérité, l'époux survivant succède pour un tiers et le ou les enfants héritent des deux autres tiers qu'ils se partagent par égales portions s'il y a plus d'un enfant.

Si le défunt est mort sans postérité mais laisse un époux succcessible et un père et une mère, ou l'un ou l'autre, et des parents collatéraux, jusqu'aux neveux ou nièces au premier degré inclusivement, l'époux survivant hérite d'un tiers, les père et mère survivants ou l'un d'eux, héritent d'un tiers, et les parents collatéraux ci-dessus désignés de l'autre tiers.

Si le défunt est mort sans postérité mais laisse un époux successeur et un père ou une mère, ou les deux, mais n'a pas laissé de parents collatéraux jusqu'aux neveux ou nièces au premier degré inclusivement, l'époux survivant succède pour la moitié, et l'autre moitié est dévolue aux père et mère, ou à l'un ou l'autre, selon le cas.

Si le défunt est mort sans postérité et ne laisse ni père ni mère, mais laisse un époux successeur et des parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré inclusivement, l'époux survivant succède pour la moitié, et l'autre moitié est dévolue aux parents collatéraux ci-dessus désignés.

ART. 689. — Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et convention contraires.

Il peut cependant être convenu ou ordonné que le partage sera différé pendant un temps limité, s'il existe quelque raison d'utilité qui justifie ce retard.

ART. 712. — Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à la masse tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons, ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport.

ART. 759. — Les prohibitions et restrictions quant à la capacité de contracter, d'aliéner ou d'acquérir, établies ailleurs en ce Code, s'appliquent aux donations entre vifs et aux testaments avec les modifications contenues au présent titre.

ART. 760. — Les donations entre vifs ou testamentaires peuvent être conditionnelles.

La condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public, dont dépend une donation entre vifs, est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme dans les autres contrats.

Dans un testament, une telle condition est considérée comme non écrite et n'annule pas la disposition.

ART. 764. — Les prohibitions et restrictions des donations et avantages par un futur conjoint dans le cas de secondes noces n'ont plus lieu.

ART. 767. — Les mineurs devenus majeurs, et autres qui ont été sous puissance d'autrui, ne peuvent donner entre vifs à leurs anciens tuteurs ou curateurs pendant que leur administration se continue de fait et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte : ils peuvent cependant donner à leurs propres ascendants qui ont exercé ces charges.

ART. 768. — Les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins sont limités à des aliments.

Cette prohibition ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires.

Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entre vifs comme toutes autres personnes.

ART. 769. — Les donations entre vifs faites par un donateur au prêtre ou ministre du culte qui exerce auprès de lui la direction spirituelle, aux médecins ou autres qui le soignent en vue de guérison, ou aux avocats et procureurs qui ont pour lui des procès, ne peuvent être mises de côté par la seule présomption de la loi, comme entachées de suggestion et de défaut de consentement. Les présomptions, dans ces cas, s'établissent par les faits comme dans tous autres.

ART. 770. — La prohibition aux époux de s'avantager durant le mariage par actes entre vifs, est exposée au titre *Des conventions matrimoniales*.

ART. 775. — Les enfants ne peuvent réclamer aucune portion légitimaire à cause des donations entre vifs faites par le défunt.

ART. 831. — Tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut en disposer librement par testament sans distinction de leur origine ou de leur nature, soit en faveur de son conjoint en mariage, ou de l'un ou de plusieurs de ses enfants, soit de toute autre personne capable d'acquérir et de posséder, sans réserve, restriction ni limitation, sauf les prohibitions, restrictions et autres causes de nullité contenues en ce Code, et les dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

ART. 835. — La capacité du testateur se considère au temps de son testament (...).

ART. 839. — Les présomptions légales de suggestion et de défaut de volonté dans les dispositions testamentaires, à cause seulement des relations de prêtre ou ministre, médecin, avocat ou procureur, qui existent chez le légataire à l'égard du testateur ont disparu par l'introduction de la liberté absolue de tester. Les présomptions dans ces cas ne s'établissent que comme dans tous les autres.

ART. 846. — Les legs faits aux notaires ou aux témoins, ou à la femme de tel notaire ou témoins ou à quelqu'un de leurs parents au premier degré, sont nuls, mais ne rendent pas nulles les autres dispositions du testament.

ART. 851. — Le testament suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre soit qu'il affecte les biens meubles ou immeubles doit être rédigé par écrit et signé, à la fin, de son nom ou de sa marque par le testateur, ou par une personne pour lui en sa présence et d'après sa direction expresse laquelle signature est alors ou ensuite reconnue par le testateur comme apposée à son testament alors produit, devant au moins deux témoins idoines présents en même temps et qui attestent et signent de suite le testament en présence et à la réquisition du testateur.

Les règles qui concernent la capacité des témoins sont les mêmes que pour le testament en forme authentique.

ART. 853. — Dans les testaments faits suivant la même forme, les legs faits aux témoins, à leur conjoint ou à quelqu'un de leurs parents au premier degré, sont nuls, mais ne rendent pas nulles les autres dispositions du testament.

ART. 984. — Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat : Des parties ayant la capacité légale de contracter ;

Leur consentement donné légalement ;

Quelque chose qui soit l'objet du contrat ;

Une cause ou considération licite.

ART. 989. — Le contrat sans considération, ou fondé sur une considération illégale, est sans effet ; mais il n'est pas moins valable quoique la considération n'en soit pas exprimée ou soit exprimée incorrectement dans l'écrit qui le constate.

ART. 990. — La considération est illégale quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

ART. 1056. — Dans tous les cas où la partie contre qui le délit ou quasi-délit a été commis décède en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses ascendants et ses descendants ont, pendant l'année seulement à compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants, pour les dommages-intérêts résultant de tel décès.

ART. 1059. — Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet d'une obligation.

ART. 1080. — La condition contraire à la loi ou aux bonnes mœurs est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend.

ART. 1233. — La preuve testimoniale est admise :

5. Dans les cas d'obligations résultant des quasi-contrats, délits et quasi-délits, et dans tout autre cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite ;

7. Lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

ART. 1239. — Les présomptions légales sont celles qui sont spécialement attachées par la loi à certains faits.

ART. 1260. — A défaut de convention ou en l'absence de stipulations contraires, les époux sont présumés vouloir se soumettre aux lois et coutumes générales du pays, et notamment qu'il y ait entre eux communauté légale de biens et douaire coutumier ou légal en faveur de la femme et des enfants à naître.

ART. 1265. — Après le mariage, il ne peut être fait aux conventions matrimoniales contenues au contrat, aucun changement pas même par don mutuel d'usufruit, lequel est aboli.

Les époux ne peuvent non plus s'avantager entre vifs si ce n'est conformément aux dispositions de la loi qui permettent au mari, sous certaines restrictions et conditions, d'assurer sa vie pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants.

ART. 1427. — Le douaire légal ou coutumier est celui que la loi, indépendamment de toute convention, constitue par le simple fait du mariage, sur les biens du mari, au profit de la femme en usufruit, et des enfants en propriété.

ART. 1434. — Le douaire coutumier consiste dans l'usufruit pour la femme, et dans la propriété pour les enfants, de la moitié des biens immeubles dont le mari est propriétaire lors du mariage et de ceux qui lui échoient de ses père et mère et autres ascendants pendant sa durée.

ART. 1444. — Il est cependant loisible à la femme majeure de renoncer au droit qu'elle peut avoir, à titre de douaire coutumier ou préfix, sur les immeubles que son mari vend, aliène ou hypothèque.

Cette renonciation se fait, soit dans l'acte par lequel le mari vend, aliène ou hypothèque l'immeuble, soit par un acte différent et postérieur.

Table alphabétique des arrêts canadiens cités.

(Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages)

— A —

Abbott v. Mc Gibbon (1884), 7 L.N. 179	62
Archambault v. Guérin (1948), B.R., Montréal, n° 2974	6, 11, 49

— B —

Bernier v. Bernier (1901), 7 R. de J. 277	82
Blanchet v. Blanchet (1861), 11 L.C.R. 204	3, 6, 27, 28, 29
Boisvert v. Bélanger (1930), 48 B.R. 395	82

— C —

Cabana v. Latour (1903), 24 C.S. 83	116, 117
Chabot v. Les Commissaires d'écoles de la Morandière (1957), B.R. 707 ..	103
Chaput v. Romain, Young et Chartrand (1955), R.C.S. 834	103
Corbeil v. Corbeil (1936), 61 B.R. 205	117
Courteau v. Viau (1920), 58 C.S. 257	76, 77
Crête v. Fortin (1954), C.S. Montréal, n° 340, 955 ; et B.R. Montréal, n° 5393	6, 11, 48, 50, 88

— D —

Daoust v. Lavigne (1941), 71 B.R. 22	76, 87
De Hertel v. Roe (1894), 6 C.S. 101	3, 6, 10 27
Doré v. La Banque Nationale (1904), 26 C.S. 466	6, 62
Drouin v. Dumoulin (1955), C.S. Montréal, n° 334,697	11, 48, 88
Dunbar v. Murray (1940), 78 C.S. 458	77, 100
Durocher v. Beaubien (1828), 1 C.R.A.C. 1	8, 26, 28, 31, 34, 35, 36

— E —

Evanturel v. Evanturel (1874), 12 R.J.R.Q. 448	6, 12, 62, 66, 120
--	--------------------

— F —

Farmer v. Smith (1906), 29 C.S. 406	116
Forsyth v. Williams (1850), 2 R.J.R.Q. 416	115
Frelich v. Seymour (1857), 6 R.J.R.Q. 392	120

— G —

Gagné v. Poulin (1923), 29 R. de J. 37	72
Goyette v. Goyette (1920), 26 R.L. n. s. 4	6, 12
Guérin v. Archambault (1945), C.S. Montréal, n° 227 732, et (1948), B.R., Montréal, n° 2974	11, 12, 48, 49, 88

— H —

H. v. T. (1949), C.S. 281	48, 88, 100
Hamilton v. Plenderleath (1845), 2 R.J.R.Q. 126	8, 29, 31
Harper v. Bilodeau (1861), 9 R.J.R.Q. 409	36
Hébert v. Sauvé (1932), 38 R.L. n. s. 410	60, 72
Henry Birks and Sons (Montréal), Limited v. La Cité de Montréal (1955), R.C.S. 799	103
Herse v. Dufaux (1872), 16 R.J.R.Q. 269	6

— J —

Jones v. Cuthbert (1885), M.L.R., 2 B.R. 44	26
---	----

— K —

King v. Filiatrault et Tunstall (1870), 20 R.J.R.Q. 119	8, 29, 31
Kimpton v. La Compagnie du Chemin de fer du Pacifique Canadien (1888), M.L.R., 4 C.S. 338	107
King v. Tunstall (1874), 22 R.J.R.Q. 174	6, 8, 10, 12, 29, 30, 31, 42, 49

— L —

Lambert v. Gauvreau (1857), 5 R.J.R.Q. 244	3, 27
Laramée v. Ferron (1908), 41 R.C.S. 391	10, 62
Leroux v. Robert (1948), R.L. n. s. 513	72

— M —

Martineau v. Filiatrault (1930), 68 C.S. 194	76, 87
Mayrand v. Dussault (1907), 38 R.C.S. 460	10, 62
McGibbon v. Abbott (1885), 8 L.N. 267	62
Migneault v. Malo (1872), 20 R.J.R.Q. 47	37, 62
Mongenais, Lamarche et Olivier (<i>in re</i>) (1893), 4 C.S. 292	12
Myers v. Myers (1912), 42 C.S. 415	6, 12

— O —

Ouimet v. Laberge (1913), 43 C.S. 221	62
---	----

— P —

Papineau v. Rainville (1920), 57 C.S. 51	27, 62
Perrier v. Palin (1898), 14 C.S. 332	34
Phillips v. Anderson (1854), 2 R.J.R.Q. 374	26
Pilon v. Malette (1880), 5 R.C.S. 318	6, 34, 35
Pouliot v. Leclerc (1913), 43 C.S. 512	47, 49

— Q —

Quintin v. Girard (1857), 5 R.J.R.Q. 477, et (1858), 2 L.C.J. 141	35
---	----

— R —

Renaud v. Lamothe (1902), 32 R.C.S. 357	10, 62, 103, 104, 105, 106, 107
Ross v. Ross (1892), 2 C.S. 8	62
Russell v. Lefrançois (1882), 8 R.C.S. 335	62, 77, 100

— S —

Saumur v. La Cité de Québec (1953), 2 R.C.S. 299	103
Sutherland v. Gariépy (1905), 11 R. de J. 314	72

— T —

Taché v. Derome (1890), M.L.R., 6 C.S. 178	72
Tessier v. Tessier (1919), 56 C.S. 266	100, 115, 116, 117, 123
Thorton v. Parker (1918), 54 C.S. 413	107
Trasciati v. Roncarelli (1946), C.S. 443	6, 11, 48, 88

— V —

Valois v. de Boucherville (1929), R.C.S. 234	2, 6, 12
Vaudreuil v. Falardeau (1950), R.P. 193	48, 50, 67, 88
Viger v. Pothier (1830), 1 R.J.R.Q. 319	6, 120

— W —

Webster v. Kelly (1891), M.L.R., 7 C.S. 25	100, 112, 119
Weingart v. Stober (1920), 57 C.S. 321 ; (1922), 60 C.S. 55	100, 119
Whelan v. Whelan (1893) 3 C.S. 442	116, 117, 123

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT FRANÇAIS

1. — Ouvrages généraux.

- AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, T. XI, 5^e éd., par E. BARTIN, Paris, 1929.
- *Droit civil français*, T. X, 6^e éd., par P. ESMEIN, Paris, 1954.
- BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Cours de droit civil français*, 2^e éd., T. VI et VII, par P. VOIRIN, Paris, 1934.
- COLIN et CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, T. III, 10^e éd., par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1950.
- DEMOCUE (René) : *Traité des obligations en général*, T. II, Paris, Rousseau, 1923.
- DOMAT : *Œuvres complètes*, éd. Rémy, T. II, Paris, Didot, 1829.
- ESMEIN : *Supplément permanent* à AUBRY et RAU, Paris, 1956.
- FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I et II, Paris, Videcoq, 1836.
- FURGOLE : *Œuvres complètes*, T. II, « Traité des testaments », Paris, Célot, 1775.
- GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.
- *Science et technique en droit privé positif*, T. III, Paris, Sirey, 1921.
- JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, T. III, 3^e éd., Paris, Sirey, 1940.
- LABORDE-LACOSTE : *Exposé méthodique de droit civil*, T. III, Paris, Sirey, 1948.
- MARTIN (Olivier) : *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, T. I et II, Paris, Ernest Leroux, 1922, 1926, 1930.
- *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, Sirey, 1925.
- MERLIN : *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., T. III, Paris, Garnery, 1727.
- *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, 2^e éd., T. I, Paris, Garnery, 1810.
- PERROT (Roger) : *De l'Influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1953.
- PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de droit civil français*, T. V, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.
- *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, 4^e éd., par J. BOULANGER, Paris, 1951.

POTHIER : *Œuvres*, Paris, éd. Bugnet.

RICARD : *Traité des donations entre vifs et testamentaires*. T. I et II, Riom, 1783.

RIPERT (Georges) : *La Règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

SAVATIER (René) : *Cours de droit civil*, T. III, 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

Travaux de l'Association Henri-Capitant pour la culture juridique française, T. VII, 1952, Montréal, Doucet, 1956.

2. — Ouvrages spéciaux.

ALBERT (Georges) : *La Liberté de tester*, thèse Caen, 1895, Angers, Lachèse et Cie, 1895.

D'AVOUT (Roger) : *Des Conditions illicites, immorales et impossibles dans les libéralités*, thèse Paris, Sirey, 1913.

BARTIN (Etienne) : *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, Paris, Rousseau, 1887.

COLIN (P.) : *Théorie de la cause des obligations conditionnelles*, thèse Paris, Paris, 1896.

Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française, Paris, Sirey, 1956.

DECHEZELLES (André) : *Des libéralités entre concubins*, thèse Rennes, 1933.

DENOIX DE SAINT-MARC (Henri) : *Le Concubinage, sa notion, ses effets*, thèse Bordeaux, 1927.

DORAT DES MONTS (Roger) : *La Cause immorale* (étude de jurisprudence), Paris, Rousseau, 1956.

DURUFLÉ (R.) : *Donations entre concubins*, thèse Paris, 1909.

GAUDET DE LESTARD (Pierre) : *Des Conditions impossibles ou illicites insérées dans les libéralités entre vifs ou testamentaires*, thèse Poitiers, 1899.

GRUWEZ (Emile) : *L'Evolution de la législation et de la jurisprudence en ce qui concerne les droits de la concubine*, thèse Lille, 1935.

JOURDAIN (René) : *Les Faux ménages dans leurs relations avec les tiers et spécialement avec la famille légitime*, thèse Lille, 1933.

LACOTE (Jules) : *Etude sur la liberté de tester*, thèse Paris, 1901.

LANDRE (René) : *Le Concubinage devant la loi et la jurisprudence modernes*, thèse Nancy, 1921.

LE BALLE (Robert) : « L'évolution des techniques dans le droit matrimonial français, à l'époque contemporaine », dans : *Aequitas und Bona Fides*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Bâle, Helbing et Lichtenbahn, 1955.

LEPELLETIER (Georges) : *Des Conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1889.

LEROY (Fernand) : *Le Concubinage dans le droit français actuel*, thèse Lille, 1909.

LOPEZ (Pedro Moral) : « Les droits successoraux du conjoint survivant en droit espagnol et en droit français comparés », *Revue internationale de droit comparé*, 1959, T. XI, pp. 34-63.

MALAUURIE (Philippe) : *L'Ordre public et le contrat* (étude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.), Reims, Matot-Braine, 1953.

MARMION (Jean) : *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, thèse Paris, 1924.

MARUANI (Charles) : *La Clause pénale*, thèse Paris, 1935.

OTETELESANU (Alexandre) : *Effets de la condition impossible, illicite et contraire aux mœurs dans les actes gratuits*, thèse Paris, 1910.

PASCANU (Philippe) : *La Notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Paris, Duchemin, 1937.

PEYTEL : *L'Union libre devant la loi*, thèse Paris, 1904.

- REVERAND (Jean) : *La Cause, le motif dans les contrats et les libéralités*, thèse Paris, 1930.
- ROUX (Paul) : « L'application des articles 1131 et 1133 du Code civil aux donations entre concubins », *Rev. crit.*, 1908, pp. 111 et 237.
- SAIGET (Jacques) : *Le Contrat immoral*, Paris, Dalloz, 1939.
- SAINT-CYR (Albert-Eugène) : *La Notion juridique de bonnes mœurs en droit civil français, spécialement dans les obligations*, thèse Bordeaux, 1941.
- SAVATIER (René) : *Des Effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, thèse Poitiers, 1916.
- *Le Droit, l'amour et la liberté*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1937.
- SERRAND (Jacques) : *La Condition de viduité apposée aux libéralités*, thèse Paris, 1920.
- SIMON (Alain) : *L'Ordre public en droit privé*, thèse Rennes, 1941.
- SIMON (René) : *De la Cause pénale dans les actes à titre gratuit*, thèse Paris, 1887.

3. — Notes et chroniques de jurisprudence.

- CAPITANT, n. D.P. 1911.1.49.
- CARBONNIER, n. D. 1949.467.
- COLIN, n. D.P. 1907.1.137.
- GUIHO, n. J.C.P. 1953.II.7632.
- GUYOT, n. J.C.P. 1941.II.1700.
- HÉMARD, n. S. 1907.2.241.
- HUBERT, n. S. 1944.2.45.
- LABBE, n. S. 1884.1.305.
- MOREL, n. S. 1927.1.281.
- MOREL, *Rev. crit.*, 1927, p. 257.
- NAQUET, n. S. 1914.1.185.
- PLANIOL, n. D. 1905.2.305.
- PLANIOL, n. D. 1906.2.257.
- RIPERT, n. D.P. 1913.1.105.
- RIPERT, n. D.P. 1930.1.57.
- RODIÈRE, n. S. 1951.2.45.
- SAVATIER (Jean), n. J.C.P. 1949.II.5074.
- SAVATIER (René), n. D.P. 1925.1.185.
- SAVATIER (René), n. D.P. 1927.1.113.
- SAVATIER (René), *Rev. trim.*, 1926, pp. 203 et 448 ; 1931, p. 631 ; 1937, p. 185 ; 1942, p. 89 ; 1947, p. 213 ; 1949, p. 436.
- TRASBOT, *Rev. crit.*, 1929, p. 450.
- WAHL, n. S. 1911.1.585.

II. — DROIT QUEBECOIS

1. — Ouvrages généraux.

- An Abstract of Those Parts of the Custom of the Viscounty and Provostship of Paris which were received and practised in the Province of Quebec, in the Time of the French Government, drawn up by a Select Committee of Canadian Gentlemen well skilled in the laws of France and of that Province*, By the Desire of the Honourable Guy CARLETON, Esquire, Governour in Chief of the said Province, London, Chs Eyre and W. Strahan, 1772.
- The Sequel of the Abstract of those parts of the Custom...*, London, Chs Eyre and W. Strahan, 1773.
- ANTIER (Louis) : *La Survivance de la seconde Coutume de Paris, le droit civil du Bas-Canada*, thèse Paris, 1923.

- BAUDOUIN (Louis) : *Le Droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953.
- BESNIER (Robert) : *La Coutume de Normandie, histoire externe*, Paris, Sirey, 1935.
- « Le régime des tenures en droit canadien-français », R.H.D., 1935, p. 734.
- BIBAUD (Maximilien) : *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou conférences de l'école de droit liée au collège des RR. PP. Jésuites*, Montréal, Cérat et Bourguignon, 1859-61.
- BILLETTE (J.-Emile) : *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, T. I, Montréal, 1933.
- CAVENDISH (Sir Henry) : *Debates of the House of Commons in the year 1774, on the Bill for making more effectual provision for the Government of the Province of Quebec*, London, Ridgway, 1839.
- CUCNET (François-Joseph) : *Traité des Anciennes Loix de Propriété en Canada aujourd'hui Province de Québec*, Québec, G. Brown, 1775.
- DOUTRE et LAREAU : *Le Droit civil canadien suivant l'ordre établi par les Codes*, T. I, « Histoire générale du droit canadien » (1492-1791), Montréal, Alph. Doutre et Cie, 1872.
- Edits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'Etat du roi concernant le Canada*, Québec, Fréchette, 1854.
- JETTE (L.-A.) : « Des donations entre vifs et testamentaires », R. du D., T. XV, 1936-37, et T. XVI, 1937-38.
- LANCELIER (F.) : *Cours de droit civil de la province de Québec*, T. III, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907.
- LAREAU (Edmond) : *Histoire du droit canadien*, T. I, « Domination française », 1888 ; T. II, « Domination anglaise », 1889, Montréal, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- LEMIEUX (Rodolphe) : *Les Origines du droit franco-canadien*, Montréal, C. Théoret, 1901.
- LORIMIER (Chs. C. de) : *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, T. VI, Montréal, Senéchal, 1881.
- MARRIOTT (James) : *Plan of a Code of Laws for the Province of Quebec ; reported by the Advocate-General*, London, 1774.
- MASERES (Francis) : *Draught of an Act of Parliament for settling the laws of the Province of Quebec (in the year 1772)*.
- *Draught of an Act of Parliament fort settling the laws of the Province of Quebec (in the year 1773)*.
- MASÈRES (François) : *Mémoire à la Défense d'un Plan d'Acte de Parlement pour l'Etablissement des Loix de la Province de Québec, dressé par M. François Masères... contre les objections de M. François-Joseph Cugnet*, Londres, 1773.
- MIGNAULT (P.-B.) : *Le Droit civil canadien basé sur les « répétitions écrites sur le Code civil »*, de Frédéric MOURLON, T. IV, Montréal, C. Théoret, 1899.
- MUNRO (William Bennett) : *The seigniorial system in Canada, A Study in French Colonial Policy*, New York, Longmans, Green and C^o, 1907.
- Parliamentary History of England from the earliest period to the year 1803*, vol. XVII, London, Longman, 1813.
- PAGNUELO (S.) : *Etudes historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, Montréal, Beauchemin et Valois, 1872.
- RAMSAY (T.K.) : *Notes sur la Coutume de Paris indiquant les articles encore en force avec tout le texte de la Coutume à l'exception des articles relatifs aux fiefs et censives, les titres du Retrait lignager et de la garde noble et bourgeoise*, Montréal, La Minerve, 1863.
- Recensement 1951*, vol. I, « Population », Bureau Fédéral de la statistique, Ottawa, Impr. de la Reine.
- Recensement du Canada 1956*, bulletin 1-11, « Population », Etat matrimonial, Ottawa, 1957.

- SHORTT and DOUGHTY : *Documents relating to the Constitutional History of Canada*, 1759-1791, 2^e éd., T. I, Ottawa, 1918.
- Statistique de l'état civil 1956, Bureau fédéral de la statistique, Ottawa, Impr. de la Reine, 1957.
- Traité de droit civil du Québec, T. IV, par L. FARIBAUT, 1954 ; T. V, par H. ROCH, 1953 ; T. VII, par G. TRUDEL, 1946 ; Montréal, Wilson et Lafleur.
- VEYRET (Paul) : *La Population du Canada*, Paris, Presses Universitaires de France, 1953.

2. — Ouvrages spéciaux.

- BAUDOUIN (Louis) : « L'ordre public et les bonnes mœurs en droit privé », R. du B., T. XIII, 1953, p. 381.
- BILLETTE (J.-Émile) : *La Cause des obligations et prestations*, Montréal, 1933.
- « Donation », dans *Le Droit civil français, livre souvenir des Journées du droit civil français*, Paris, Sirey, et Montréal, Le Barreau de Montréal, 1936, p. 189.
- CHALLIES (G.S.) : « Good Morals », *Thémis*, T. III, 1952-53, p. 77.
- FABRE-SURVEYER (Edouard) : « Un cas d'ingérence des lois anglaises dans notre Code civil », R. du B., T. XIII, 1953, p. 245.
- GUALTIERI (ROSA B.) : « The Legal Concept of Public Order », *Thémis*, T. II, 1951-52, p. 155.
- LA BRUÈRE (BOUCHER de) : « Le droit de tester », *Revue canadienne*, 1868, T. V, pp. 321-340.
- LAREAU (Edmond) : « Trois questions de droit », *La Thémis*, 1882, T. IV, pp. 301-304.
- LAVALLEE (Armand) : « L'abolition du douaire », R. du D., T. VII, 1928-29, pp. 76-80.
- PAQUETTE (Paul) : « De la loi Pérodeau », R. du N., T. XXII, 1919-20, pp. 23-31.
- PERRAULT (Antonio) : « Ordre public et bonnes mœurs », R. du B., T. IX, 1949, p. 1.
- PERRAULT (Jacques) : *Des stipulations de non-responsabilité*, Montréal, 1939.
- ROY (J.-Edmond) : « Clause de non-responsabilité », R. du N., 1901-1902, T. IV, pp. 240-248.
- SCOTT (F.R.) : « The law of successions in the Quebec and in the French civil codes », dans *Le Droit civil français, livre souvenir des Journées du droit civil français*, Paris, Sirey et Montréal, Le Barreau de Montréal, 1936, p. 177.
- SIROIS (Joseph) : *De la forme des testaments*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907.
- « Liberté de tester, Quotité disponible, Partage dans la province de Québec », dans *Le Droit civil français, livre souvenir des Journées du droit civil français*, Paris, Sirey, et Montréal, Le Barreau de Montréal, 1936, p. 225.
- Travaux de l'Association Henri-Capitant pour la culture juridique française*, T. VII, 1952, Montréal, Doucet, 1956.
- TURGEON (Jean) : « Rétablissement de la légitime sous une forme moderne », R. du B., T. XV, 1955, p. 204.
- VALOIS (Gaëtan) : « Le problème du contrat de mariage », R. du N., T. LI, 1948-49, pp. 539-548.
- « Contrat de mariage à régimes alternatifs », R. du N., T. LI, 1948-49, pp. 59-73.
- WASSERMAN (Gertrude) : « Wills, Freedom of willing in Quebec, Public Order and Good Morals, Stare Decisis », *Can. Bar. Rev.* T. XXX, 1952, p. 189.
- « Article 831 C.C. : The Problem of Amendment », *McGill Law Journal*, 1955-56, T. II, pp. 23-31.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

	Pages
ABRÉVIATIONS	1
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE :

LIMITES ETABLIES POUR LA PROTECTION DE LA FAMILLE DU TESTATEUR

CHAPITRE PREMIER. — LA LIBERTE DE TESTER DANS L'INTERPRE- TATION TRADITIONNELLE	5
1. Caractère hybride de l'article 831 C.Q. - 2. Ce caractère a déter- miné l'interprétation traditionnelle. - 3. La liberté illimitée de tester d'après les codificateurs, le Code et la jurisprudence anté- rieure au Code.	
SECTION I. — <i>La Doctrine</i>	8
4. La liberté de tester est illimitée. - 5. Portée pratique de cette expression.	
SECTION II. — <i>La jurisprudence</i>	10
6. La liberté de tester est illimitée. - 7. Portée pratique de cette expression : existence de deux tendances. - 8. Apparition de la tendance libérale. - 9. Son fondement originaire. - 10. Son influence sur la jurisprudence postérieure. - 11. Ses conséquences pratiques. - 12. La tendance modérée. - 13. Critiques du principe de la liberté de tester. - 14. Critiques de l'interprétation nouvelle et ses liens avec l'histoire de la liberté de tester.	
CHAPITRE II. — HISTORIQUE DE LA LIBERTE TESTAMENTAIRE	19
16. Les étapes de l'histoire de la liberté testamentaire dans le Québec. - 17. Plan.	
SECTION I. — <i>Période coutumière : 1534-1774</i>	20
18. Influence prépondérante de la Coutume de Paris. - 19. Intro- duction exclusive de cette Coutume. - 20. Institutions coutumières protectrices de la famille légitime.	

SECTION II. — <i>La loi de 1774</i>	22
21. Le texte de l'Acte de Québec. - 22. Motifs vraisemblables qui l'expliquent. - 23. Le rapport de Marriott n'en est pas à l'origine. - 24. La suggestion d'introduire la liberté de tester est de Masères. - 25. La portée de la loi ; plan.	
§ 1. Portée de la loi quant aux biens disponibles	29
26. Abolition de la distinction des biens en propres et acquêts. - 27. Abrogation de la réserve. - 28. Ambiguïté quant à l'abrogation de la légitime.	
§ 2. Portée de la loi quant aux personnes	33
29. Selon la jurisprudence : abrogation des incapacités de léguer. - 30. La loi de 1774 a manqué son but.	
SECTION III. — <i>La loi de 1801</i>	35
31. L'occasion de la loi et son but. - 32. Son texte. - 33. Sa portée ; plan.	
§ 1. Disparition des incapacités frappant les membres de la famille légitime.	38
34. Les époux. - 35. Les descendants : la légitime	
§ 2. Disparition des incapacités frappant les « <i>extranei</i> »	41
36. Concubins, enfants naturels, prêtres, médecins, notaires, administrateurs.	
SECTION IV. — <i>Le Code civil de 1866</i>	42
37. La situation à la veille de la codification. - 38. Première remarque : la liberté testamentaire est une règle de droit québécois, non anglais. - 39. Seconde remarque : nécessité d'une interprétation restrictive. - 40. La méthode choisie par les codificateurs. - 41. Œuvre d'uniformisation. - 42. Conclusion du chapitre.	
CHAPITRE III. — LE CONTEXTE SOCIAL ET LA LIBERTÉ TESTAMENTAIRE	49
43. Importance du contexte social en matière de succession testamentaire. - 44. Plan.	
SECTION I. — <i>Le contexte social et l'interprétation traditionnelle</i>	50
45. Facteurs historique, religieux et familial. - 46. Structures sociales. - 46 bis. La communauté et le douaire : mesure de protection. - 47. Résultat : survivance <i>de facto</i> de la réserve héréditaire.	
SECTION II. — <i>Le contexte social et l'interprétation nouvelle</i>	54
48. Bouleversement des structures sociales et familiales. - 48 bis. Abandon de la communauté et du douaire. - 49. Résultat : malaise jurisprudentiel. - 50. Possibilités d'une évolution jurisprudentielle. - 51. Conclusion : exemples choisis pour illustrer l'interprétation nouvelle.	
CHAPITRE IV. — CAPACITÉ ET INCAPACITÉ	63
52. La disparition des incapacités relatives de recevoir des legs. - 53. Comparaison avec la situation en droit civil français. - 54. Sens que devrait avoir la disparition des incapacités. - 55. Attitude de la jurisprudence québécoise sur cette question.	
CHAPITRE V. — ESSAI D'UNE NOUVELLE INTERPRÉTATION	69
56. Le facteur juridique. - 57. Le facteur historique. - 58. Le facteur social. - 59. Plan.	

SECTION I. — <i>Disposition contraire à l'ordre public</i>	72
60. Distinction de l'ordre public et des bonnes mœurs. - 61. L'ordre public québécois par rapport à la notion française. - 62. L'ordre public québécois par rapport à la notion anglaise. - 63. L'ordre public d'après les textes législatifs. - 64. L'ordre public d'après l'esprit de la législation. - 65. L'ordre public d'après les tendances générales de l'opinion. - 66. Relativité de la notion d'ordre public. - 67. Application des principes dégagés aux deux exemples choisis. - 68. Conclusion.	
SECTION II. — <i>Disposition contraire aux bonnes mœurs</i>	84
69. La notion de bonnes mœurs et la morale chrétienne. - 70. La conception sociologique : sa faiblesse. - 71. L'influence de l'évolution intellectuelle et sociale sur la détermination de la notion de bonnes mœurs ; un exemple : le contrat de courtage matrimonial en France. - 72. La détermination de la notion de bonnes mœurs par la jurisprudence québécoise. - 73. Exemple : legs entre concubins ou en faveur d'enfants adultérins. - 74 En quoi ces legs sont contraires aux bonnes mœurs.	
SECTION III. — <i>Disposition dont la cause est illicite</i>	92
75. Elaboration de la cause impulsive et déterminante par la jurisprudence française. - 76. La cause dans la Doctrine et la jurisprudence québécoises. - 77. Attitude de la jurisprudence québécoise à l'égard des legs entre concubins, sous le rapport de la cause. - 78. Le critère proposé. - 79. Le legs a pour cause la rémunération des relations de concubinage. - 80. Le caractère adultérin de ces relations. - 81. Le legs a pour cause l'établissement ou la continuation des relations de concubinage. - 82. Le point de vue psychologique. - 83. Le point de vue juridique. - 84. Le legs a pour cause un devoir de conscience. - 85. Limites à l'intérieur desquelles l'idée de réparation est admissible. - 86. Exigence de la preuve intrinsèque en France ; son rejet. - 87. Liberté de preuve dans le Québec	
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	107
88. Première objection : l'interprétation nouvelle se heurte à une jurisprudence contraire bien établie. - 89. Seconde objection : l'interprétation nouvelle ressuscite les anciennes incapacités. - 90. Le fondement de la nullité est différent. - 91. Les résultats sont différents. - 92. Affinement des techniques.	

DEUXIÈME PARTIE :

LIMITES ÉTABLIES POUR LA PROTECTION
DES LIBERTÉS DU LEGATAIRE.

93. Plan	115
CHAPITRE PREMIER. — LA THÉORIE DES CONDITIONS TESTAMENTAIRES ILLICITES	117
94. Comparaison des textes des Codes civils français et québécois relatifs aux conditions testamentaires illicites. - 95. Sources de l'article 900 C. civ. - 96. Sources de l'article 760 C. Q. - 97. L'article 900 C. civ. et la théorie de la cause impulsive et déterminante. - 98. Première interprétation de l'article 760 C. Q. - 99. Seconde interprétation de l'article 760 C. Q. et ses conséquences. - 100. L'article 760 C. Q. et la théorie de la cause. - 101. Conclusions.	

CHAPITRE II. — LES CONDITIONS RELATIVES AUX DROITS ET AUX LIBERTÉS DU LEGATAIRE		127
102. Plan		127
§ 1. Conditions relatives à certaines libertés publiques		128
103. Jugement de la Doctrine sur les conditions relatives à la liberté de conscience. - 104. Position du problème à l'aide d'un exemple. - 105. Le critère retenu par la cour d'appel. - 106. Double rôle des conditions relatives à la liberté de conscience. - 107. Imprécision de la jurisprudence québécoise. - 108. La condition de se faire prêtre. - 109. La condition relative au choix de sa profession. - 110. La condition relative au choix du domicile. - 111. Conclusion : ces conditions ne peuvent être appréciées en elles-mêmes, mais en fonction des circonstances		
§ 2. Conditions relatives au mariage		138
112. Classification des conditions relatives au mariage. - 113. La théorie de l'option; sa portée. - 114. Elle repose sur une analyse inexacte, et dépourvue de réalisme. - 115. Les conditions relatives au mariage ne sont ni licites ni illicites en elles-mêmes. - 116. Motifs licites et illicites. - 117. L'intention du testateur change le caractère de la condition. - 118. Faits constituant une infraction aux conditions impératives ou prohibitives de mariage.		
§ 3. Conditions relatives au droit d'intenter une action en justice		147
119. Condition relative au droit de demander une séparation de corps ou un divorce. - 120. Condition relative au droit d'attaquer en justice un testament. - 121. Le critère de la jurisprudence. - 122. Conclusion.		
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE		153
123. Recherche du fondement du critère jurisprudentiel. - 124. La condition proprement dite est licite, la charge est illicite. - 125. Seule l'intention du testateur permet de distinguer la charge de la condition. - 126. Le critère jurisprudentiel repose sur un fondement juridique et philosophique.		
CONCLUSION GÉNÉRALE		157
127. Malgré les divergences entre le droit testamentaire québécois et français, l'évolution actuelle tend vers un rapprochement. - 128. La liberté testamentaire est en voie d'acquiescer sa personnalité propre dans le droit du Québec.		
APPENDICE :		
Texte des articles du Code civil de la province de Québec mentionnés dans l'ouvrage		159
Table alphabétique des arrêts canadiens cités		163
BIBLIOGRAPHIE		167

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Paris — 693

Dépôt légal : 2^e Trimestre 1960

IMPRIMERIE R. CAVILLON

25, Allée Emile-Cossonneau

Clichy-sous-Bois (S.-&-O.)

Typographie R. VANÇON

N^o 158

29-4-1960

